Die Vis major

als sociale Institution des römischen und modernen Rechts

Inaugural-Dissertation

Zur Erlangung der juristischen Doctorwürde.

Der hohen Juristenfacultät der Universität

Rostock

vorgelegt von

FELIX MICHELSOHN

REFERENDAR

AGAD. LOND DAT. BIBL.

BERLIN 1902.

MEINER MUTTER

IN LIEBE UND DANKBARKEIT GEWIDMET.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0013

Benutzte Litteratur.

Bähr:	Irrungen im Kontrahieren. (Iherings Jahrbücher Bd. 14)
„	Begriff der höheren Gewalt im Deutschen Transportrecht. (krit. Vierteljahrsschrift Bd. 28).
Baron:	Diligentia exactissima oder die Haftung für Custodia (Archiv für civ. Pr. Bd. 52).
„	Haftung bis zur höheren Gewalt. (Archiv f. civ. Pr. Bd. 78.)
Biermann:	custodia und vis major. (Zeitschr. d. Savigny St. r. Abt. Bd. 12).
Bigenwald:	casus und vis major. Erl. Diss. 97.
Brinz:	Pandekten. (2. Aufl.)
Bluntschli:	Deutsches Privatrecht (3. Aufl. bes. v. Dahn).
Bruckner:	Die Custodia.
Cosack:	Lehrbuch d. bürg. Rechts. (3. Aufl.)
„	Lehrbuch d. Handelsrechts. (5. Aufl.)
Crome:	System d. bürg. Rechts 1900.
Dernburg:	Pandekten. (5 Aufl.)
„	Das bürgerl. Recht. (1. u. 2. Aufl.)
„	Preuss. Privatrecht. (5. Aufl.)
„	Begriff der höheren Gewalt. (Grünhut Bd. XI.)
Eger:	Kommentar z. Haftpflichtgesetz. (3. Aufl.)
„	Frachtrecht. (2. Aufl.)
Endemann:	Lehrb. d. bürgerl. Rechts. (7. Aufl.)
Enneccerus-Lehmann:	bürgerl. Recht 1900.
Exner:	Begriff der höheren Gewalt. (Grünhut Bd. X.)
Fischer:	Vis major im Zusammenhang mit der Unmöglichkeit d. Leistung. (Iher. Jahr. Bd. 37.)
Gaupp:	Kommentar z. C. P. O. (4. Aufl.)
Gelpcke:	Gutachten über die vis major in den Verhandlg. des XXII. Juristentages.
Gerth:	Begriff der vis major.

Gierke:	Die sociale Aufgabe des Privatrechts.
Goldschmidt:	Das receptum nautarum (Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht. Beil. III).
„	Verantwortlichkeit d. Schuldners für seine Gehülfen (Ztschr. f. d. g. Hand. R. Bd. 16).
Grünhut:	Wechselrecht.
Hasse:	Die Culpa. (2. Aufl. bes. von Bethmann Hollweg).
Hölder:	Höhere Gewalt. (krit. Viert. Jahrsschr. Bd. 26).
Ihering:	Gutachten über die Gäubahn. (Jahrb. Bd. 18)
Knauer:	Die höhere Gewalt im Reichsrecht (Marb. Diss. 1901).
Leonhard:	Allg. Teil d. bürg Gesetzbuchs 1900.
Matthiass:	Lehrbuch d. bürg. Rechts. (3 Aufl.)
Pernice:	Labeo. (1 Aufl.)
Petersen-Anger:	Kommentar z. C. P. O. (4 Aufl.)
Planck:	Kommentar z. B. G. B. (1 u. 2 Aufl.)
„	Zur Kritik des Entwurfs eines B. G. B. (Archiv f. c. P. Bd. 75.)
Oertmann:	Kommentar z. B. G. B. (Recht d. Schuldverhältnisse).
Rümelin:	Zufall im Recht.
Schneider:	Vis major u. d. Haftungsprinzip d. röm. Obligationsrechts. (Z. f. d. g. H. R. Bd. 44.)
Staub:	Kommentar z. H. G. B. (6 u. 7 Aufl.)
Stintzing:	Vis major im Zusammenh. mit periculum u. Haftung (A. f. c. P. Bd. 81).
Stobbe:	Deutsches Privatrecht. (3 Aufl.)
Struckmann-Koch:	Kommentar z. C. P. O. (7 Aufl.)
Thöl:	Handelsrecht. (6 Aufl.)
Unger:	Handeln auf eigene Gefahr. (Ihr. Jahrb. Bd. 30).
„	Die actio de dejectis et effusis im Deutsch. Entwurf. (Ihr. Jahrb. Bd. 30.)
Volkmar:	Vis major und Betriebsgefahr.
Weinand:	Höhere Gewalt. (Erl. Diss. 97.)
Wilmowsky-Levy:	Kommentar z. C. P. O. (7 Aufl.)
Windscheid:	Pandekten (8 Aufl. bes. von Kipp.)
Zitelmann:	Das Recht des bürg. Gesetzbuchs, allg. Teil. 1900

I.

Wenn moderne Gesetzbücher historisch überkommene Rechtsbegriffe sich zu eigen machen und mit ihnen operieren, auch wenn sie eine theoretische Läuterung noch nicht erfahren haben, so liegt hierin keineswegs ein Missstand, sondern eine gesunde Verwirklichung des Prinzips der Arbeitsteilung zwischen Rechts-Praxis und Wissenschaft, die sich gegenseitig anregen und befruchten müssen, wenn beide auf ihrer Höhe bleiben wollen.

Doch kann ausnahmsweise auch die Verwendung eines schwankenden Begriffes durch den Gesetzgeber zu einem gewissen Notstand führen, wie er sich nachgerade bei der *vis major* fühlbar gemacht hat. Die Gründe für diese Erscheinung sind eigenartiger Natur:

Dem Sonderrecht der römischen Gastwirte entstammend ist die *vis major* in neuer Zeit, ganz besonders durch die Handelsgesetzgebung, in den Kreis der wichtigsten, dem vielverzweigten modernen Verkehrsleben angehörenden Beziehungen erhoben worden. Dieser Rangerhöhung hat die Wissenschaft die gebührende Beachtung geschenkt, und während sie den Begriff zuvor geradezu vernachlässigt hatte, wandte sie ihm seitdem ein überreiches Interesse zu. Bei der intensiven Beschäftigung der Theorie mit dem zu solcher Bedeutung gelangten Begriff hat sich dieser nun von ungemeiner Sprödigkeit erwiesen und alle Versuche ihm beizukommen sind gescheitert. Dabei konnte man das ergötzliche Schauspiel beobachten, dass fast jeder neue Schriftsteller, der sich an der *vis major* versuchte, die früheren geschickt widerlegte, ohne jedoch selbst eine unanfechtbare Definition aufstellen zu können. *Quot capita — tot sensus!* Nicht besser steht es um die Rechtsprechung. Entweder schliessen sich die Richter

einer der zahlreichen Theorien an, die ihnen am meisten zusagt, oder sie lassen ihr Gefühl, ihren jeweiligen Billigkeitssinn walten und schneiden ihre Entscheidung auf die eine oder die andere Theorie zu; eine wird ja immer passen!

Dadurch ist begreiflicherweise eine Unsicherheit auf diesem Gebiet entstanden, die nicht nur die Verkehrsinteressen auf das Empfindlichste schädigt, sondern auch geeignet ist, dem Ansehen der Jurisprudenz, speciell der Rechtsprechung und ihrer berufenen Vertreter Abbruch zu thun.

Kein Wunder, dass sich lauter und immer lauter die Stimmen erhoben haben, die von einem Begriff, der soviel Verwirrung gestiftet, nichts wissen wollen, ihn ganz aus den Gesetzen eliminiert sehen möchten.

So hat Goldschmidt[1]) vor der Uebernahme der *vis major* in das Handelsgesetzbuch gewarnt, so der XXII. Juristentag[2]) vor der Aufnahme in das bürgerliche Gesetzbuch.

Der Juristentag, die Vertretung wesentlich der Praktiker, hat seine Bedenken hauptsächlich nach der Richtung geäussert, dass nach dem Stande der Wissenschaft der Begriff zu den „bestrittensten in der ganzen Jurisprudenz" gehöre. Goldschmidt richtet seine Angriffe vorzüglich auf die innere Berechtigung der *vis major,* und zwar nachdem er als Erster dem Begriff ein wärmeres Interesse entgegengebracht, ihm eine gründliche Abhandlung gewidmet, ihn so zu sagen, wissenschaftlich überhaupt erst geschöpft hat, eine Thatsache, die seinen Angriffen gegen die eigene Kreatur notwendig grössere Wucht verleihen musste. Vielleicht sah man aber damals gerade in der Goldschmidt'schen Abhandlung ein glänzendes Plaidoyer für die Existenzberechtigung der *vis major.* Der Erfolg war jedenfalls den Erwartungen zuwiderlaufend; man verschaffte der *vis major,* indem man ihr wichtige Gebiete des Handelsrechts eröffnete, ein immer grösseres Wirkungsfeld.

---

[1]) Zeitschr. f. Handelsrecht. Bd. III, Beilageh. S. 369,384.

[2]) s. Gutachten von Gelpcke Bd. I, S. 385 und Schey Bd. II, S. 62; ferner die Referenten Pfersche und Biermann Bd. IV, S. 105, 111, und der einstimmige Beschluss S. 121.

Und derselbe Vorgang wiederholte sich beim Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs. *Lex ita scripta erat.* — Aber den Angreifern wich der Mut nicht. Der offene Sturm war abgeschlagen, man versuchte die Festung jetzt durch List zu nehmen. Da eine gewaltsame Loslösung von dem Boden des römischen Rechts nicht gelang, ging man daran, durch Interpretationskünste die ganze *vis major* einfach vor unsern Augen verschwinden zu lassen.[1])

Aber allen Angriffen hat die höhere Gewalt getrotzt. Eine juristische Hydra zeigte sie in der Praxis nur um so grössere Lebenskraft, je mehr man sie in der Theorie verwundete.

Diese Thatsache sollte zu denken geben. Handelt es sich hier wirklich nur um ein eigensinniges Anklammern an eine veraltete, inhaltslose Doktrin, passt auf die *vis major* wirklich das herbe Urteil:

> „Wo Begriffe fehlen, stellt oft ein Wort zu rechter Zeit sich ein“,

oder liegt dieser Haftung nicht doch ein gesunder Gedanke zu Grunde?

In neuerer Zeit hat denn auch die Abneigung und der Widerstand gegen die *vis major* nicht nur nachgelassen, sondern sogar einer Befürwortung dieser „gerechten und segensreichen Institution“ Platz gemacht und ist von verschiedenen Seiten selbst einer Ausdehnung derselben das Wort geredet worden.[2])

Das sind aber nur Erwägungen allgemeiner, rechtspolitischer Natur; es heisst heute sich mit den positiven Vorschriften der Gesetze abzufinden.

Dabei entsteht nun die Frage: Greifen wir zur Klärung des Begriffs auf seine Anfänge im römischen Recht zurück oder versuchen wir auf der viel breiteren Grundlage des

---

[1]) Einen solchen Versuch machte Gerth in seiner Schrift: Der Begriff der *vis major*.

[2]) Fischer (Iher. Jahrb. Bd. 37 S. 200, 285) empfiehlt eine solche Ausdehnung der gesteigerten Haftung auf öffentliche Pfandleiher; Baron (A. f. c. P. Bd. 78. S. 215) auf den gesamten Grossbetrieb. Vgl. auch Cosack Handelsr. S. 441.

modernen Rechts zu einer Bestimmung der höheren Gewalt zu gelangen?

Auf den ersten Blick scheint das Letztere rationeller, allein die überwiegenden Gründe sprechen für ein Zurückgehen auf das römische Recht.

Das Handelsgesetzbuch, das die Litteratur über die *vis major* eigentlich erst hervorgerufen hat, enthielt keine Definition, sondern fügte im art. 395 den Worten höhere Gewalt in Parenthese *„vis major“* bei, eine deutliche Verweisung auf das römische Recht.[1]) Es mutet eigentümlich an, in dem deutschen Kodex einen direkten Hinweis auf Ausdrücke des *corpus juris* zu finden. Es war ein Verlegenheitsbehelf, weil die „höhere Gewalt“ noch kein eingebürgerter Begriff war, aber ein sehr schlechter Ausweg, denn die römische *vis major* war auch kein fester, technischer. und die Römer griffen zu demselben Auskunftsmittel, sie verwiesen auf ein Fremdwort und setzten zu *vis major*, auch gleichsam in Parenthese, die griechische Uebersetzung *θεοῦ βία*.[2])

Das Handelsgesetzbuch setzte also, ob mit Recht oder Unrecht, einen schon bestehenden Begriff des gemeinen Rechts voraus, den es sich zu eigen machen wollte. Wir sind deshalb gezwungen, uns in den Gedankengang seiner Verfasser zu versetzen und zu sehen, ob wir auf diesem Wege ans Ziel gelangen. Es tritt aber noch ein bedeutsames Moment hinzu, das uns in dieser Pflicht bestärkt.

Die „höhere Gewalt“ ist durch verschiedene Staatsverträge, das Berner Uebereinkommen und den Weltpostvertrag, international geworden. Sie wird aus diesen „materiell gemeinen Gesetzen“ für die verschiedensten Staaten angewandt.

[1]) Thöl (Handelsrecht Bd. III S. 39 a. 2) meint, die Worte *vis major* im art. 395 sollen keine Bezugnahme auf den römischen Begriff, sondern lediglich die Andeutung enthalten, dass Zufall und höhere Gewalt nicht identisch seien. Aber gerade diese Erwägung führt ja, beim Verzicht des H. G. B. auf eigene Definition, zum gemeinen Recht und damit zum *corpus juris* zurück.

[2]) Ob der Begriff in Griechenland ein technischer, insbesondere ein Rechtsbegriff, war, ist sehr zweifelhaft. Merkwürdigerweise sieht Gelpcke (S. 395) in der Verweisung auf das Fremdwort ein Anzeichen dafür, dass der Begriff in Rom ein fester war.

Um nun eine wenigstens einigermassen einheitliche Rechtsprechung in den hoch bedeutsamen Materien zu ermöglichen ist es unumgänglich notwendig, auf die einheitliche geschichtliche Grundlage aller Rechtsordnungen, auf das römische Recht, zurückzugreifen, das sich soweit wenigstens seine Weltbedeutung auch im materiellen Sinne noch gewahrt hat.[1]

Bevor wir jedoch an die Erforschung des Begriffs auf Grund des Quellenmaterials gehen, ist es notwendig zu zeigen, dass die bisher über die *vis major* aufgestellten Theorien einerseits einer genügenden Anlehnung an die Quellen entbehren, andrerseits ihnen eine praktische Bedeutung um deswillen nicht zugesprochen werden kann, weil sie das Prinzip in höchst unklarer, für die Handhabung durch die Rechtsprechung unbrauchbarer Weise formulieren und

[1]) Fischer (J. J. 37 S. 286) ist freilich anderer Ansicht. Er meint, dass für die Beurteilung der *vis major* aus dem Berner Vertrage nur das französische Recht massgebend sein könne. Seine dafür geltend gemachten Gründe sind jedoch keineswegs stichhaltig: denn

1. das diplomatische Uebergewicht Frankreichs hat mit der Jurisprudenz nichts zu thun; es beschränkt sich ausschliesslich auf die Sprache. Im Uebrigen wiegt in allen sonstigen internationalen Beziehungen das englische weit über.
2. Es wäre sehr seltsam, wenn wir in Deutschland z. B. für italienisch-russische Rechtsverhältnisse französisches Recht anwendeten.
3. Eine einheitliche Rechtsprechung soweit möglich ist wünschenswert. Sie wird aber durch Anwendung ausländischen Rechts durch verschiedene Länder nicht gewährleistet. Ein Zurückgehen auf die gemeinsame Grundlage vermag dieses Ziel weit eher zu erreichen.
4. dass ein Vertreter Frankreichs auf der ersten Konferenz den französischen Begriff referierte und die Konferenz dem beitrat, kann nicht ins Gewicht fallen. Die letztere war nicht Gesetzgeber, ihre Motive sind nicht entscheidend.
5. Entscheidend kann schliesslich nicht sein, dass man auch sonst (?) „nur zu bereit war, dem französischen Recht bei Kollisonen Konzessionen zu machen“ ebensowenig wie ein einseitig chauvinistischer Standpunkt zu rechtfertigen ist. Die überwiegenden Zweckmässigkeitsgründe, und nur sie haben zu entscheiden, liegen auf Seiten des römischen Rechts.

vor Allem, weil sie einer rationellen Zweckmässigkeit entbehren.

Exner, der Einzige, der den ernstlichen Versuch gemacht hat, die *vis major* aus der *ratio legis* zu entwickeln, hat den beiden andern Erfordernissen, der Anlehnung an die Quellen und der praktischen Brauchbarkeit, so wenig Rechnung getragen, dass seine Theorie nicht im Stande war, sich einen Platz in der Rechtsprechung zu erkämpfen.

Man hat gegen die Art der Exner'schen Untersuchung Einspruch erhoben[1]) und geltend gemacht, dass die Gründe der Nichthaftung für die römischen *nautae, caupones* und *stabularii* für die heutige Gestaltung der *vis major* nicht in Betracht kämen, denn *„cessante ratione legis non cessat lex ipsa"*. Indessen die Berufung auf diesen Satz ist verfehlt. Sie übersieht zunächst, dass er nur etwas über den Bestand eines Gesetzes, nichts über seinen Umfang und Inhalt sagt. Sodann will die höhere Gewalt ja nichts Neues, von der langen geschichtlichen Entwickelung Losgetrenntes geben, sondern knüpft in ihrer heutigen Form und Sphäre eng an das römische Institut an; der eine Wirkungskreis, das *receptum* deckt sich mit ihm, der andre, das Frachtgeschäft weisst schon durch die Parenthese *vis major*, in unzweideutiger Weise auf jenes hin. Und dann muss man doch ganz genau wissen, was ein Gesetz will, wenn anders man es richtig oder in richtigen Grenzen anwenden soll.

Es handelt sich hier um die Frage, welche Zufälle werden als *vis major* angesehen; man hat also innerhalb der Casus-Fälle ein unterscheidendes Merkmal zu finden, und da müssen doch, wie Gerth (S. 156) sagt,

> „die Kriterien für die Aussonderung von Arten befreiender oder nicht befreiender Ereignisse in einer gewissen Beziehung stehen zu dem Zwecke, dem die Aussonderung dienen soll".

Mit diesem Prinzip suchen sich denn auch die Meisten, so gut es geht, abzufinden. Die Anhänger der subjektiven Theorie haben es dabei leicht. Sie bringen die *vis major*

[1]) S. Fischer S. 278.

einfach in Gegensatz zur *culpa* und können dabei mit geläufigen oder eigens konstruierten Schuldbegriffen operieren: die Anhänger der objektiven Theorie, die noch innerhalb des *casus* zwei Kategorieen scheiden, müssen tiefer suchen.

Wenn wir nun die bisherigen Theorien, soweit sie überhaupt zu positiven Resultaten führen, auf ihre Brauchbarkeit an den bereits aufgestellten Grundsätzen prüfen sollen, so müssen wir die Bedeutung dieser letzteren noch näher präzisieren:

1. Was das Erfordernis der Begründung aus den Quellen anlangt, so ist dabei zu berücksichtigen, dass das *Corpus juris* als praktisches Gesetzbuch eine Theorie überhaupt nicht kennt; kaum genügende Definitionen finden sich in ihm. Aber es kann nicht einmal verlangt werden, dass die daselbst gefällten Entscheidungen sich sämtlich mit dem gefundenen Resultat in Uebereinstimmung bringen lassen. In dieser Beziehung kann keine Theorie auch nur annähernd alle Wünsche erfüllen, aus dem einfachen Grunde, weil das Quellenmaterial für unsere Frage nicht nur äusserst dürftig, sondern dieses dürftige auch noch vielfach widersprechend ist, und weil sich überall zu den rechtlichen Schwierigkeiten sprachliche gesellen. Es muss vielmehr genügen, wenn sich Belege überhaupt beibringen lassen, aus denen ein Prinzip abstrahiert werden kann, wenn sich im *Corpus juris* eine Strömung, und sei es bei der Schwierigkeit der Materie nach jeder Richtung auch nur eine Unterströmung, nachweisen lässt, die in gleicher Richtung mit unsrer Theorie dahinfliesst. Denn die Quellen können bei dieser Frage nicht die feste Grundlage, sondern historisch wie dogmatisch nur der Ausgangspunkt sein, nur die Richtung angeben, in der wir uns zu bewegen haben.
2. Die praktische Brauchbarkeit des unterscheidenden Kriteriums ist auch nicht dahin zu verstehen, als ob mit seiner Auffindung plötzlich alle Schwierigkeiten aus der Welt geschafft wären und nun *prima facie*

jedes Ereignis als gewöhnlicher Zufall oder *vis major* klassifiziert werden könnte. Nein, Zweifel werden die Grenzfälle bei der Vielgestaltigkeit des menschlichen Lebens stets bereiten! Es handelt sich ja nicht darum, alle Unfälle oder Gruppen derselben herauszuheben und sie als *vis major* zu stempeln, sondern dem Richter einen Massstab an die Hand zu geben, nach dem er das seiner Beurteilung unterliegende Verhältnis juristisch subsumieren kann.[1])

3. Strenger müssen wir es mit dem dritten Punkt nehmen. Die Gerechtigkeit ist ein absolutes Prinzip und verträgt keinerlei Einschränkung. Die Aufgabe, die sie uns beim Ausscheiden der *Vis major* Unfälle aus dem Gebiet aller *Casus*-Ereignisse kategorisch vorschreibt, ist folgende: Wenn es wirklich gerecht und zweckmässig ist, dass man bisweilen nicht nur für eigene Thaten verantwortlich gemacht wird, sondern auch für fremdes Verschulden, ja selbst für reinen Zufall zu haften hat, ist es dann nicht vielleicht doch einer höheren Billigkeit entsprechend, diese immerhin exorbitante Haftung für Ausnahmefälle zu mildern oder aufzuheben? Es ist also eine doppelte Untersuchung, die wir zu führen haben. Wir müssen von der verschärften Haftung ausgehen, ihre Berechtigung prüfen, ihre Gründe analysieren, und das Gebiet der *Casus* Unfälle verfolgend beobachten, wo aus der höchsten Gerechtigkeit, die eine solche Haftung diktiert, die höchste Ungerechtigkeit werden kann, wenn wir ein starres Prinzip überspannen, das zunächst äusserst wohlthätige Folgen hat.

II.

Der Theorien, die über die *vis major* aufgestellt sind, giebt es beinahe so viele wie Schriftsteller, die sich mit ihr beschäftigt haben. Kaum ein einziger hat sich die Ansichten irgend eines Vorgängers ganz zu eigen gemacht, sondern mindestens durch Modifikationen und Einschränkungen der auf demselben Gedankengang beruhenden und nach derselben

[1]) S. hierüber auch Gerth S. 7 f.

Richtung hin entwickelten Lehre eine selbständige Theorie zu prägen gestrebt. Die Meisten versuchten aber völlig neue Wege zu wandeln.

Sellten sind bei einem juristischen Begriff sowohl in seiner rechtsphilosophischen Begründung wie in seiner historischen Ableitung, in der allgemeinen Bewertung der Idee und der Verarbeitung ihrer Details so diametral entgegengesetzte Ansichten aufgestellt worden wie bei der *vis major*.[1])

Doch kann man sämmtliche vorhandenen Theorien, soweit sie überhaupt bemüht sind, eine strenge Scheidewand zwischen „niederem“ und „höheren“ Zufall zu errichten, in zwei Gruppen unterbringen, deren jede wieder mehrere in sich verschiedene Lehren vereinigt. Auch an Uebergängen zwischen beiden Gruppen fehlt es nicht und namentlich die Rechtsprechung fühlt sich zu Vermittlungsversuchen hingezogen, das beste Zeichen dafür, dass keine der Theorien allein für sich die Praxis befriedigt.

Seit den Zeiten der Glosse stehen sich subjektive und objektive Theorie gegenüber, die erstere jedoch als die weit überwiegende und — bis auf Exner — absolut herrschende. Sie baut sich auf den Begriff der *„culpa levissima“* auf:

---

[1]) Dafür zur oberflächlichen Beleuchtung einige Beispiele:

a) Während Goldschmidt a. a. O. die Aufnahme eines „so schwankenden und überflüssigen Begriffes“ in das H. G B. widerrät, empfiehlt Bluntschli (D. P. R. S. 333) denselben. weil er sich „so vorzüglich für das Handelsrecht eignet“.

b) Fast Alle — ob Anhänger subjektiver oder objektiver Theorie — nennen als „Hauptfall“ der *vis major* den Blitz. Dernburg (P. P. R II § 69) nimmt ihn von vornherein aus. weil wir Blitzableiter besitzen.

c) Während Goldschmidt bei der Begriffsbestimmung zu dem Resultat kommt: Die *vis major* lässt sich in der Theorie leicht definieren, macht aber in der praktischen Anwendung grosse Schwierigkeiten; meint Bruckner (S. 278) gerade umgekehrt: Die praktische Handhabung ist einfach, nur die wissenschaftliche Definition ist schwierig.

d) Exner (Grünhut X S. 503) und Dernburg (Grünhut XI S. 337) vermissen in den Quellen jeden Versuch einer Definition der *vis major*. Baron (S. 290) findet in ihr eine der wenigen guten Definition des *Corpus juris“*.

gl. ad l. 3 D. IV, 9: scilicet levi, levissima tamen intervenit, nam si nec levissima intervenit ergo fuit casus fortuitus et sic non tenetur.

Und die *Culpa levissima* ist unter den mannigfaltigsten Formen und Namen ihre Grundlage geblieben auch bei den modernen Vertretern der subjektiven Richtung, bei Goldschmidt, Windscheid und Dernburg.

Die objektive Theorie sieht davon ganz ab:

„*Quidam tamen dicunt quod licet non adhibeat levissimam culpam quis puta quia fuit furto subtracta, ubi non est fortuitus casus (nam furtum non computatur inter fortuitos casus, sed latrociniuni) quod tunc tenetur*“.

Sie hat aber kein bestimmtes Unterscheidungsmerkmal, sondern begnügt sich mit der Angabe von Beispielen, die ein solches nicht erkennen lassen.

Nun steht es fest, dass die *culpa levissima* als dritter Schuldgrad im römischen Recht nicht existiert[1], dass der Superlativ, wo er vorkommt, nur den äussersten Fall der *culpa levis* bezeichnen will, und ist es ferner vor allem unzweifelhaft und unbestritten, dass im modernen Recht von diesem Begriff gar keine Rede ist, dass also die höhere Gewalt mit ihm gar nicht zusammenhängen kann. Es wird deshalb meist nicht direkt, sondern nur auf Umwegen und unter Verhüllung des Namens mit ihm operiert.

So legt Goldschmidt[2]) den bis zur *vis major* Haftenden eine gesteigerte Bewachungspflicht die „sorgsamste Obhut“ auf und Windscheid[3] spricht sogar ganz deutlich von einer „über die Pflicht eines *bonus paterfamilias* hinausgehenden Bewachung“. Dernburg[4] verlangt von den Recipienten, sie sollen in ihrem Betriebe „dauernd wirksame Einrichtungen“ treffen. Die Superlative sorgsamste Obhut und *homo diligentissimus* weisen schon darauf hin, dass hier die *culpa levissima* in anderer Gestalt wiederkommt. Und in der That, da eine

[1]) s, Hasse die *Culpa* S. 90 ff. und Anhang II.

[2]) Goldschmidt Ztschr. f. Hand. Recht Bd. III Beil. u. Bd. XVI.

[3]) Windscheid Pandekten II S. 578 anm. 6.

[4]) Dernburg Grünhut XI und Pandekten II S. 109.

derartig gesteigerte Verpflichtung in dem Gesetz nicht gefordert wird, muss man, um beim Mangel derselben zur Haftung zu gelangen, eine *Culpa* konstruieren oder präsumieren. Auch Dernburgs „dauernd" bedeutet natürlich einen Qualitätsunterschied. Es soll eben eine andére höhere Sorgfalt erfordert werden, als das Recht sonst zumutet.

Die subjektive Theorie krankt daran, dass sie die Grenzscheide zwischen Schuld und Zufall verwischt, zwischen die beiden notwendigerweise im Rechtsleben scharf von einander zu trennenden Begriffe einen „Grenz-Pufer-Begriff" einführt und damit den Schwerpunkt völlig verschiebt. Dabei ist es ganz gleich, ob man von *culpa levissima* oder von *homo diligentissimus* spricht, beide sind gleich unmöglich und in den Quellen auch nicht begründet, kommen übrigens auf dasselbe hinaus und gehen nur von verschiedenen Standpunkten aus.[1]) Sie verkennen das Wesen der *diligentia patrisfamilias* und kommen vor allem bei der praktischen Anwendung in die Brüche.

Die *Diligentia* bedeutet selbstverständlich nicht ein ein- für allemal bestimmtes Mass von Sorgfalt, das sich in allen Lebenslagen gleichmässig anwenden liesse, sondern das jeweils von einem besonnenen, verständigen Menschen in seinem Berufe und unter bestimmten Verhältnissen zu erwartende. Natürlich hat ein Hotelbesitzer, ein Frachtführer ganz anders geartete Massregeln zum Schutz des ihm anvertrauten Gutes zu treffen als ein gewöhnlicher Vermieter oder ein Dienstmann. Die Regeln des Verkehrs entscheiden darüber.[2]) Die Sache liegt genau so wie bei der *Culpa* überhaupt, ohne Eingreifen eines neuen Haftungsprinzips wie der *vis major*. Nehmen wir z. B. den Fall des Depots:

Es macht einen ganz bedeutenden Unterschied, ob ich eine Wertsache einem Freunde zum Aufbewahren übergebe, oder sie im Tresor einer Bank niederlege. Beide haften

---

[1]) Baron freilich bestreitet das. Es handelt sich aber nur um einen Streit um Worte.

[2]) So auch B. G. B. § 276: Fahrlässig handelt, wer die „im Verkehr erforderliche Sorgfalt" ausser Acht lässt.

nur für *culpa*.[1]) aber natürlich darf ich von der Bank ganz andere Massnahmen erwarten, die Sache vor Feuer und Diebstahl zu sichern als von dem Freunde. Wenn der Letztere ein Geschäftsmann, seinen Geldschrank vielleicht für kurze Zeit und während seiner Anwesenheit auflässt, so wird man hierin — für den Fall eines Diebstahls — nicht notwendig eine Fahrlässigkeit erblicken müssen; der Tresor dagegen hat stets verschlossen zu sein. Ein und dieselbe Handlung ist also bei dem einen *culpa*, bei dem andern nicht, trotzdem beide denselben Grad von Schuld zu vertreten haben, weil eben der Verkehr von jenem strengere Massnahmen verlangt als von diesem.

Ganz so hat der Unternehmer einer Eisenbahn andre Pflichten als ein Dienstmann, auch wenn von der *vis major* Haftung ganz abgesehen wird, so dass die gesetzliche Haftung beider wieder die gleiche ist. Der Unterschied ist in dem zwar einheitlichen, aber relativen Schuldbegriff des § 276 B. G. B. begründet. Und das gilt auch für die dauernd wirksamen Einrichtungen, die Dernburg verlangt. Die Eisenbahn, für die Dauer angelegt, hat eben andere Vorbereitungen zu treffen, mit anderem Material zu arbeiten als der einen Gelegenheitstransport ausführende Privatmann. Dernburg macht nun den feinen Unterschied, dass der Einzelne im Verkehr mit der Eisenbahn diese ausserordentlichen Massnahmen nicht beanspruchen könne, sondern nur die Gesamtheit.[2]) Jedenfalls schuldet die Eisenbahn also doch dauernde

---

[1]) Um die abweichende Regelung des B. G. B. auszuschliessen lassen wir auch den Privatdepositar, als Geschäftsmann entgeltlich handeln, weil sonst nach § 690 nur *culpa* in *concreto* eintritt, während die Bank für *culpa levis* einsteht.

[2]) Dagegen mit Recht Hölder krit. V. S. Bd. 26, S. 537.

Die Beleuchtung der Dernburg'schen Theorie an dem Beispiele des Steglitzer Eisenbahnunglücks zeigt gerade, wie verfehlt sie ist: Das Unglück entstand lediglich durch das Verhalten des Publikums, das vor dem einlaufenden Zuge auf das Geleise drängte. Dernburg (Grünhut XI, S. 343 f.) meint, dem Einzelnen der Verunglückten gegenüber treffe die Eisenbahn keine Schuld, der Gesamtheit

Vorkehrungen; ihre Ausserachtlassung ist daher *Culpa*, nur um so gröber, wenn sogar öffentliche Interessen verletzt sind!

Eine neue Theorie, sich selbst als objektiv bezeichnend, hat Baron auf den Begriff der „technischen *custodia*" aufgebaut.

Kraft dieser haften gewiss Inhaber fremder Sachen[1]) nicht bloss für *diligentia* sondern ausserdem noch für „*custodia*". Die Quellen brauchen nämlich oft zur Bezeichnung der Verantwortlichkeit die Worte „*diligentia et custodia*" oder auch „*bona fides et exacta diligentia*" ganz offenbar als ἓν διὰ δυοῖν[2]) wie das B. G. B. etwa die Worte „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte". Das ergiebt die Entwickelungsgeschichte der *Culpa* Haftung im römischen Recht mit Gewissheit. Mag die *Custodia* in früherer Zeit als ganz besondere Verpflichtung auferlegt sein, im späteren Recht ist sie sicherlich in der allgemeinen Diligenz-Haftung aufgegangen, ihr Ausserachtlassen bedeutete *culpa.*[3])

---

gegenüber habe sie es aber daran fehlen lassen, dass sie nicht einen genügend grossen Bahnhof eingerichtet habe, auf den ein Individuum als solches noch keinen Anspruch habe. Wäre dies der Grund gewesen, so lag *culpa* vor, arge Fahrlässigkeit, denn das die Bahnhöfe so gross sind, dass die Passagiere nicht überfahren werden müssen, ist wohl das allermindeste, was man von einer Eisenbahngesellschaft verlangen darf. Thatsächlich lag gar kein Betriebsunfall vor, sondern ein schuldhaftes Betragen des Publikums.

[1]) S. hierüber Baron A. f. c. P. Bd. 52.

[2]) So auch Stintzing im A. f. c. P. Bd. 81, S. 432 a. 14.

[3]) s. Pernice, Labeo Bd. II, S. 346 ff., S. 359. Hiergegen Baron Bd. 72, S. 215. Baron argumentiert: „Der Kleinbetrieb kann sich mit der Haftung für eigene Schuld begnügen, der Grossbetrieb kann die Haftung für fremde Schuld und den niederen Zufall nicht entbehren. Nun ist aber der Kleinbetrieb die frühere geschichtliche Entwickelung, der Grossbetrieb die spätere, und es kann demnach die Haftung für fremde Schuld und niederen Zufall immer erst später auftreten."

Die Prämissen mögen richtig sein, der Schluss jedoch ist nicht zwingend, und wird durch die historisch allein begründete Auffassung Pernices wiederlegt. Ursprünglich gab es überhaupt kein befreiendes Ereignis, man haftete für die Erfüllung einer Obligation schlechthin, weil man sie versprochen. Auf die Gründe einer Unmöglichkeit kam es nicht an, mochten sie auch kasueller

Man griff zu dieser besonderen *Custodia* Haftung als Erklärung der *vis major* Grenze, weil die Quellen sehr häufig in ihrer Exemplificierung der *Vis major* Unfälle den Raub zu den letzteren rechneten, nicht aber den einfachen Diebstahl. Diese Beobachtung in Verbindung mit l. 31 p. D. 19, 1. „*custodia adversus vim parum proficit*" führte dazu, als höhere Gewalt die der *custodia* nicht erreichbaren Ereignisse zu stempeln. Jener Satz ist aber trotz seiner scheinbaren Trivialität nach zwei Richtungen hin falsch. Zunächst kann Wachsamkeit auch gegen Gewalt nutzen, indem sie die Möglichkeit gewährt, rechtzeitig „*vim ei repellere*". Sodann aber giebt es noch andere Mächte, gegen die sie versagt z. B. List. Gerade Diebstahl ist mitunter bei grösster Vorsicht nicht zu verhüten. Das ist allerdings bestritten; versteigt sich doch *Cujaz* sogar zu dem kühnen Ausspruch: *diligenti patri familias numquam furtum fit!* l. 21, com. 13, 6). Aber Baron selbst ist anderer Ansicht und mit ihm die meisten neueren Vertreter beider Theorien.[1])

Soweit wäre auch Barons Lehre durchaus zu der subjektiven Gruppe zu weisen. *Vis major* ist ein durch grösste Sorgfalt nicht abzuwendendes Ereignis. Baron fasst aber diese Unüberwindlichkeit abstrakt. Nicht was im speciellen Falle, sondern was *a priori* betrachtet, für menschliche Kräfte unüberwindlich ist, rechnet er zur höheren Gewalt. Hierin liegt nun eine Inkonsequenz gegenüber der von ihm ent-

---

Natur sein, etwa wie heute noch die „wirtschaftliche Unmöglichkeit" irrelevant ist. Erst als die Billigkeit das starre Recht durchbrochen, und man begann die *Culpa* als generelle Haftungsgrenze aufzustellen, konnte von einer Unterscheidung eigener und fremder Schuld die Rede sein und noch viel später erst, durch höhere Billigkeit geboten, von niederem *casus* und *vis major*.

[1]) S. Eger Frachtrecht S. 278.

Es ist möglich, dass sich in einem mit List verübten Diebstahl ebenso ein höherer nicht überwindlicher Grad von (geistiger) Ueberlegenheit zeigt, wie in einem mit Gewalt bewirkten.

S. ferner Staub, Commentar II, S. 1561, Cosack Lehrb., S. 247, Knauer S. 137. Auch Pernice Labeo II, S. 253, spricht in diesem Sinne von „abwendbarem" und „unabwendbarem" Diebstahl.

A. M. z. B. Oertmann Commentar z. B. G. B. zu § 701.

wickelten, nur subjektiv zu fassenden *custodia*. Die Vermischung beider Ideen führt in der Praxis zu höchst eigentümlichen Resultaten, vor denen Baron aber keineswegs zurückscheut. Sein neuerfundener „objektiver Massstab“ ist der „kritische Kopf“. Indessen schon die eigene Anwendung desselben auf die Verhältnisse der Eisenbahn zeigt, wohin sich die Theorie verliert. Baron meint: Ein *diligens paterfamilias* würde sich damit begnügen, das beste Personal und Material zu beschaffen, ein kritischer Kopf thut mehr. Er weiss, dass durch Temperaturunterschiede ein Fehler selbst im besten Stoff eintreten kann und er vermeidet die Folgen, zu denen dieser führen kann, indem er den Eisenbahnzug oft halten lässt, um die Räder auf etwaige Fehler zu untersuchen!

Offenbar meint Baron mit „oft“ halten auch ausserhalb der fahrplanmässigen Stationen. Das dürfte denn doch mit den Anforderungen des modernen Verkehrs unvereinbar erscheinen! Aber weiter: Der die Räder abklopfende Beamte muss selbstverständlich ein gutes Gehör haben, um Sprünge zu entdecken. Deshalb hat sich der Stationsvorsteher vorher immer zu vergewissern, ob das Ohr des Betreffenden nicht z. B. durch Kälte gelitten hat.

Das thut der kritische Kopf. — Nun mag es aber wohl noch kritischere geben, die vom Stationsvorsteher verlangen, zuvor erst sein eigenes Gehör prüfen zu lassen, um jene Untersuchung auch mit Erfolg vornehmen zu können. Man kann solche Ansprüche nach Belieben steigern. Eine Grenze für diese Vorsichtsmassregeln ist in der That nicht abzusehen.[1] Je „kritischer“ einer veranlagt ist, auf desto mehr mag er verfallen. Und dabei hebt Baron selbst (S. 252) ausdrücklich hervor, dass das „Recht nicht von jedem verlangen könne, ein kritischer Kopf zu sein“. Nun, wenn das Gesetz es nicht fordert, der Verkehr thut es gewiss nicht. Woher also die Verantwortlichkeit?

---

[1]) So auch Gelpcke S. 364: „Die darüber (über die Diligenz des *bonus paterfamilias*) hinausgehende Sorgfalt hat wohl einen Anfang, aber kein Ende“.

Vor allem kann ja das Gesetz dann auch nicht vom Richter verlangen, ein kritischer Kopf zu sein! Und wenn der es nicht ist, kann er über das ihm zur Beurteilung unterbreitete Verhältnis auch nicht entscheiden, und die praktische Durchführung der ganzen Idee müsste schon daran scheitern.

Eine Unüberwindlichkeit in *abstracto* ist aber auch logisch undenkbar. Denn vorausgesetzt, es gebe thatsächlich Ereignisse, die durch menschliche Kräfte weder zu verhindern noch abzuwehren sind, so ist damit noch lange nicht gesagt, dass auch der durch sie hervorgebrachte Schaden nicht hätte abgewendet werden können.[1]) Und darauf kommt es gerade an. Denn man muss einen aktiven und einen passiven Widerstand unterscheiden.[2]) Denken wir wieder an das Beispiel vom Depot: Der Depositar, dessen Geschäftsräume, vom Blitz getroffen, in Flammen stehen, rettet seine eigenen Wertpapiere und lässt die des Freundes zurück, die durch das *vis major* Ereignis zu Grunde gehen. Unbedenklich liegt hier *culpa* vor. Nach der strengen Auffassung des *Celsus*[3]) sogar *culpa lata*. *Vis major* und *culpa* schliessen sich aber begrifflich völlig aus.

Der Einwand Barons (Bd. 72, S. 293), man dürfte nicht verlangen dass die Sachen vor der drohenden Gefahr fortgeschafft werden, wo man sie nicht brauchen kann, trifft

[1]) Schneider (Ztschr. f. Hand. Recht, Bd. 44, S 97—98) drückt diesen Gedanken so aus: „Nicht jedes *vis major* Ereignis hat *vis major* Folgen". Er sieht denn auch höhere Gewalt in dem „nicht abwendbaren Schaden". Auch Crome, S. 493 a. 24 meint: „Nur dann liegt höhere Gewalt vor, wenn es nicht möglich war, den Eintritt des Ereignisses „oder dessen Folgen" abzuwenden".

[2]) Aktiver Widerstand gegen den Blitz ist das „Wetterschiessen", passiver der Blitzableiter. Weil der Letztere überall möglich ist, nehmen Bruckner und Dernburg den Blitz überhaupt von den *vis major* Unfällen aus. Dernburg macht hiervon neuerdings eine Ausnahme für Eisenbahnen (B. R. II, 1, S. 149), wohl weil hier die Anbringung von Blitzableitern unmöglich (?) ist. Der Blitzableiter wirkt aber mit Sicherheit kaum im doppelten Umkreis seiner Höhe. Es wäre lächerlich, überall, wo man geht und steht, Blitzableiter zu verlangen. Auch hier haben die Regeln des Verkehrs frei zu entscheiden.

[3]) l. 32 D. depositi XVI, 3.

nur ganz seltene Ausnahmefälle, kann aber nicht zur völligen Ausschliessung passiven Widerstandes führen.

Die subjektive Theorie würde demnach überhaupt nur einen Sinn haben können, die Schuldfrage in den Fällen der *vis major* Haftung möglichst streng zu prüfen,[1]) ein Wink für den Richter, wenn nur solche Anweisungen an den Richter, die jedenfalls überflüssig sind, mit dem Grundsatze freier Beweiswürdigung verträglich erscheinen.

III.

Die objektive Theorie geht in ihrer ursprünglichen Gestalt von dem Worte θεοῦ βία aus. Direkt, nicht durch Vermittelung der Menschen, von Gott gesandte Heimsuchungen, Naturereignisse, die mit grosser Vehemenz einsetzen und gewaltigen Schaden anrichten, verstand man hierunter; Ereignisse, die wie Bähr sagt, (krit. V. J. Bd. 28, S. 410) „gewissermassen mit Blitz und Donner in die Welt treten".

Das Wort selbst und die Exemplifikation zahlreicher Quellenstellen verleiten dazu. Durch letztere bewogen stellte man den Naturkräften aber bald übermächtige menschliche Eingriffe an die Seite, vor allem Feindesgewalt. So schon Donell:

XV, 53. § 11. *„est autem vis major, quae immittitur coelitus, ut si caupona tacta fulmine conflagravit".*

und XVI. 6. § 12. *„a rebus superioribus est vis, quam nostri vim divinam dixerunt, ut ventorum . . . . ceterarum calamitatum, quae a coelo ingruunt . . . ab hominibus incursus hostium, praedonum impetus".*

Das ist auch heute noch der Standpunkt des englischen Rechts, das Haften lässt ausser für *„act of God and the kings enemies"*. Als Vertreter dieser Anschauung für das moderne

[1]) Gerth (S. 188) sieht in dem „unabwendbaren Zufall" der Prozessordnungen thatsächlich nur eine solche Anweisung zu strenger Prüfung der Schuld.

Recht wäre Pernice zu nennen, der als *vis major* „Elementarkräfte, denen menschliche Gewalt unter Umständen gleichgestellt wird", bezeichnet. (Labeo II, S. 346.) Damit ist aber das einfache Prinzip durchbrochen und ein neues nicht an seine Stelle gesetzt: denn welche durch Menschen verübte Gewalt der göttlichen ebenbürtig sein soll, ist nicht gesagt. Bestenfalls erhält der Richter damit, wie Exner (S. 512) sagt, „ein Schlagwort für den Instinkt, aber nicht einen Begriff für den Verstand".

Auch welche Naturereignisse gemeint sind, lässt sich nicht bestimmen. Alle natürlich nicht. Man pflegt an aussergewöhnliche zu denken, wie Erdbeben, Felssturz und analog menschliche Ereignisse, Krieg, Revolution. Aber der Ausdruck „ungewöhnlich" ist viel zu ungenau, auch durchaus nicht absolut objektiv, weil auch bei solchen Unfällen die Prüfung der Schuldfrage stets unerlässlich ist. Ein ausserordentliches Naturereignis ist fraglos ein Gewitter, ungewöhnlich ist es aber nicht. In Deutschland wäre z. B. starkes Erdbeben ungewöhnlich, aber gerade deshalb ist diese *vis major* Ausnahme praktisch ganz bedeutungslos. Nicht einmal die im *corpus juris* so häufig angeführten Beispiele, wie Schiffbruch, fallen hierunter.[1]) Eine solche Ausnahme rechtfertigt sich aber auch durch nichts.

Baron meint, es sei nur gerecht, dass Jemand, der sich ein fremdes Service leiht, für dessen unversehrte Rückgabe haftе, ob ihn nun ein Verschulden treffe oder nicht. Wenn man das zugestehen will, so erscheint es jedoch ganz unverständlich, weshalb eine Ausnahme eintreten soll, wenn statt

[1]) Nicht einmal Krieg ist ungewöhnlich. Im letzten Dezennium ist kaum ein Jahr ohne grössere oder kleinere Kriege abgelaufen. Auch das Ungewöhnliche unterliegt dem Wechsel von Zeit und Ort. In einigen südamerikanischen Republiken z. B. gehört Vormittags ein Erdbeben und Nachmittags eine Revolution, oder auch umgekehrt, durchaus zur Tagesordnung. Und darum ist auch die Begriffsbestimmung Stintzings (Seite 462) falsch: „Vis major ist ein Ereignis, mit dessen Eintritt im Verkehr nicht gerechnet worden ist." Ganz richtig fährt er selbst fort, dass auch mit Krieg eventuell gerechnet wird. Wer kann entscheiden, womit die Parteien oder eine von ihnen gerechnet hat?

eines leichten Windstosses, der nicht *vis major* ist, ein Blitz das Porzellan beschädigt. Es kann dem Verleiher wie dem Entleiher ganz gleichgültig sein, durch welchen Zufall der Schaden eingetreten ist, die Art des Zufalls hat auf das Gerechtigkeitsgefühl keinen Einfluss. Einen Unterschied könnte es nur machen, wenn der Zufall der Art ist, dass er auch beim Verleiher eingetreten wäre, so dass der Entleiher nicht bloss nach dem Schuld-, sondern auch nach dem Veranlassungsprinzip unverantwortlich bleibt. Das ist aber bei *vis major* Ereignissen nur in den seltensten Fällen zutreffend, und widerspricht aller Erfahrung. Beim Untergang von *Pompeji* wäre der Unfall überall eingetreten; beim Blitz, beim Schiffbruch sicher nicht. Zu beachten ist aber noch, dass es auch hier nicht auf den Unfall, sondern auf den Schaden ankommt und dass der Verleiher diesen trotz des allgemein wirkenden *Casus* vielleicht nicht erlitten hätte, weil er das Service zuvor verkauft oder sonst weggeschafft haben könnte. Barons Annahme ist also willkürlich, und starr formal und dogmatisch, keineswegs sich den thatsächlichen Verhältnissen anschliessend und passt wenig zu der von ihm selbst (Bd. 72 S. 221) vertretenen Meinung, dass „die Jurisprudenz kein blosser logischer Tummelplatz, sondern eine Beobachtungswissenschaft geworden ist".

Einen neuen Versuch der Begründung auf objektiver Basis hat Exner gemacht. Er führt die verschärfte Haftung der Recipienten auf den Beweisnotstand zurück, in dem man sich den ungeheuren, unübersehbaren Betrieben gegenüber befindet, und gründet die *vis major* Ausnahme auf den Umstand, dass der Beweisnotstand in gewissen Fällen verschwindet: (S. 550)

> „Um im Interresse des Verkehrs einen regelmässig auftretenden Beweisnotstand durch Eliminierung der Schuldfrage zu beseitigen und zwar zu Lasten des Recipienten weil im Allgemeinen die Wahrscheinlichkeit gegen ihn und die Wahrheit nicht feststellbar ist, so kann der Raum für vernünftige Ausnahmen nur dort sein, wo es nach der Gestaltung des Falles ausnahmsweise keinen Beweisnotstand giebt und zugleich alle Wahrscheinlich-

keit zu Gunsten des Beklagten steht, d. i. „wo der kasuelle Charakter des Unfalles *prima facie* evident ist".

Indem Exner nun bei Unfällen im inneren Betriebe von vornherein *illiquiden* Sachverhalt annimmt, stellt er als wichtigstes Erfordernis die „äussere Gewalt" auf. Aber auch bei dieser ist eine Schuldlosigkeit des Recipienten und seines Personals, bzw. der anderen Personen, für die er mithaftet, nur dann gewährleistet, wenn durch Art und Wucht seines Auftretens das Ereignis sich als ein ausserordentliches, überwältigendes darstellt.

Wenn wirklich ein Beweisnotstand vorläge, so würde mit der verstärkten Haftung und ihrer Ausnahme einerseits weit über das beabsichtigte Ziel hinausgeschossen,[1] andrerseits nur ein Palliativmittel bedenklicher Art damit gegeben sein.

Zunächst müsste doch, wenn sich eine Vermutung gegen den Recipienten richtet, die Umkehrung der Beweiskraft genügen, um ihn zu befreien, denn *praesumptiones juris et de jure* sind dem heutigen Recht und seiner freien Beweiswürdigung fremd. Wenn er den Sachverhalt so aufklärt, dass nach der Ueberzeugung des Richters ein Zufall vorliegt, und der Versuch dieses Beweises müsste ihm gestattet werden, so wäre dem Beweisnotstand völlig abgeholfen, ohne den Recipienten mehr als nötig zu belasten. Man sage nicht, dass ein solcher Beweis gar zu leicht erbracht ist, es giebt doch nichts Schwereres als seine eigene und Anderer Unschuld nachzuweisen, noch dazu, wenn die Schuld präsumirt wird!

Noch schlimmer liegt die Sache bei dem Vorhandensein der *vis major* Ausnahmen. Denn hier steht die Schuldfrage noch ganz offen, die mit der gewöhnlichen Beweislastverteilung zu erforschen ist.[2] Der Beweisnotstand tritt dabei in viel schwererer Form an uns heran, denn gerade bei den ungewöhnlichen Fällen der höheren Gewalt ist das an sich schon

[1] Auch Rümlein (Zufall im Recht S. 30) meint, hierdurch sei dem Beweisnotstand „allzu gründlich" abgeholfen.

[2] S. Bigenwald S. 32: „Der Zweck Exners, der Beweisschutz wird nicht erreicht, wenn bei der *vis major* Natur des Unfalls noch die Schuldfrage zu untersuchen ist.

unübersichtliche Getriebe des Recipienten unserer Kontrole noch mehr entrückt.[1]

Es ist thatsächlich nicht abzusehen, inwiefern äussere und wuchtige Ereignisse das Schuldmoment klarlegen.[2] Man denke nur an ein brennendes Hotel, dessen Personal bei Lösch- und Rettungsarbeiten stiehlt. *Vis major* Ereignis und doch zu vertretende Schuld des Wirts rsp. seiner Angestellten! Dazu kommt noch die praktische Undurchführbarkeit beider Kriterien. Was „von aussen" kommende Gewalt ist kann doch sehr zweifelhaft sein. Fällt darunter nur die von aussen wirkende oder auch die von aussen hereingetragene, aber erst im Innern zur Wirkung gelangende Gewalt, wie Explosionen? Und welche Ereignisse sind so wuchtig, dass sie *prima facie* jede Schuld ausschliessen? Man sagt: Unfälle, die im Laufe des Lebens gewöhnlich nicht erwartet werden. Unfälle erwartet man nicht, auch nicht die kleinsten. Ein Anhaltspunkt für den Richter ist damit in keiner Weise gegeben.

Unter Preisgabe des letzteren Erfordernisses und mit Modificierung des Kriteriums der „äusseren"[3] Gewalt ist die Theorie der „Betriebsgefahr" entstanden.

---

[1]) So auch Gerth S. 141: „Je heftiger die Naturgewalten wüten, je mehr sie den Rahmen des Gewohnten überschreiten und die Sinne des Menschen betäuben, um so leichter wird gerade die Täuschung sein."

[2]) Der vor einiger Zeit erfolgte Bergrutsch in den Schweizer Alpen trug sicher beide Merkmale an sich. Man befürchtete von dem bei eintretenden Thauwetter zu erwartenden Felssturz ein Hindernis für den Strom und als Folge davon eine gewaltige Ueberschwemmung. Da man dies lange voraussehen konnte, hatte man die Möglichkeit, die letztere Konsequenz durch rechtzeitige Fertigstellung von Abzugsgräben zu verhüten. Ein *laissez aller* würde hier zweifellos *culpa* bedeuten.

Noch krasser lag der Fall bei dem Brand der Naphtawerke in Russland. Das auf dem Grund der brennenden Masse ruhende Wasser musste durch die in Folge der Erhitzung aufsteigenden Dämpfe die ganze Masse mit ungeheurer Kraft über die Umfassungsmauern schleudern. Ingenieure boten sich zur Verhütung der furchtbaren Gefahr an, das Grundwasser abzulassen. Die Behörde blieb aber unthätig.

[3]) S. Knauer S. 50, 127 f. über die Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit dieses Begriffes.

Von der richtigen Voraussetzung ausgehend, dass die besondere Gefahr gewisser Betriebe ihnen die Pflicht auferlegt, diese Gefahren zu tragen in Verbindung mit zahlreichen Aussprüchen der römischen Juristen, die als *vis major* den „*casus cui resisti non potest*“ bezeichnen,[1] gelangte man zu einer Theorie, die heute wohl die herrschende ist, wenn sie in der Praxis auch in Vermengung mit der subjektiven Idee vorkommt.

Dass besondere Gefahren besondere Haftungsbestimmungen hervorrufen ist eine richtige Beobachtung. Solche Singularvorschriften bestehen bei der *actio de dejectis et effusis*, beim Halten von Tieren, beim Arrest (§ 945 C. P. O.). Auch hier erfordern die schweren Eingriffe, die ein Arrest mit sich bringt, „Betriebsgefahren“, verschärfte Massnahmen. Aber bei allen diesen Instituten fehlt es doch an der *vis major* Ausnahme. Es wird schlechthin für jeden Schaden, der durch sie angerichtet wird, gehaftet. Das ist bei Eisenbahnen, vielleicht auch bei Hôtels, ebenso an der Ordnung. Aber die Parallele versagt bei der hier bestehenden Beschränkung. Die genannten Unternehmen stehen für den Schaden ein, der objektiv durch ihren Betrieb hervorgerufen ist, aber auf keinen Fall weiter. Was nicht damit zusammenhängt kann natürlich nicht vom Recipienten vertreten werden, dazu bedarf es nicht erst der Statuirung der *vis major* Ausnahme. Weshalb ist diese nicht bei jenen andern Instituten, die eine Zufallshaftung vorsehen, ausgesprochen? Nein die Eisenbahn haftet selbstverständlich[2] nicht für „Alles“, dass wäre eine sinnlose Ver-

[1] Schneider meint (S. 351): „Im Begriffe des *resistere* liegt *implicite*, dass die Ursachen des Unfalles auf einer dem Haftpflichtigen feindlich gegenüberstehenden Einwirkung beruhen müssen, was dann nicht der Fall ist, wenn diese Ursachen in dem Kreis des betreffenden Unternehmens zu finden sind.“ Eine sehr äusserliche Anschauung der Betriebsgefahr! Ist nicht eine bösliche Handlung eines Angestellten, für die gehaftet wird, eine genau so feindliche Einwirkung wie räuberischer Ueberfall, die Entgleisung in Folge der Unachtsamkeit des Bahnwärtes nicht ebenso wie in Folge Unwetters?

[2] Biermann (Zeitschr. d. Savigny St. r. A. XII. S. 49] meint allerdings: „Selbstverständlich ist in der Jurisprudenz überhaupt nichts. Ein sehr bedenklicher Satz! Auch bei der absoluten Haftung für

antwortlichkeitslast, sondern nur für das, was ihr Betrieb veranlasst, und innerhalb desselben nach positiver Bestimmung mit der Schranke der höheren Gewalt. Dass die letztere nicht mit der hier aufgestellten natürlichen Grenze der Betriebsgefahr zusammenfällt, beweist doch schon *art. 400* H. G. B., kraft dessen der Frachtführer für seine Leute einsteht; ausserdem haftet er aber noch gemäss *art. 395* bis zur *vis major*. Wäre dies die Betriebshaftung, so wäre *art. 400* überflüssig, denn wenn irgend etwas gehört doch das Personal zum Betriebe![1] Es ist demnach ganz richtig, wenn Unger (Iher I. Bd. 30) die Eisenbahn für das „ganze Material und Personal", aber nicht darüber hinaus haften lassen will. Das letztere jedoch nicht deshalb, weil hier höhere Gewalt vorliegt, sondern, weil der Eisenbahnbetrieb garnicht ursächlich gewirkt hat. Es wird sicher Niemand auf den Gedanken kommen, die Eisenbahn dafür verantwortlich zu machen, dass Jemand auf der Fahrt an einer Krankheit gestorben ist. Ob dabei *vis major* vorliegt oder nicht, ist garnicht zu untersuchen, weil kein „Betriebsunfall" vorliegt, eine Haftung also überhaupt nicht in Frage steht. Und wenn Bähr (*krit. V. J. S.* Bd. 28 S. 410) es als eine Ungerechtigkeit empfindet, die Bahn dafür verantwortlich zu machen, dass sich ein sechsjähriger Junge bei ihrem Herannahen auf die Schienen stellt, so dass der Unfall bei der grössten Sorgfalt nicht mehr abgewendet werden kann, so hat er insofern ganz Recht, als von einer Haftung keine Rede sein kann, aber wiederum nicht wegen der gesetzlichen *vis major* Ausnahme, sondern weil kein „Betriebsunfall" vorliegt. Man denke sich den analogen Fall eines Geisteskranken, der auf einer Eisenbahnbrücke steht und beim Heranbrausen des Zuges vom Fusssteig herab auf die Schienen springt. Er hätte ebensogut nach der andern Seite über die Brücke ins Wasser stürzen können. Liegt ein Betriebsunfall

---

Angestellte kommen natürlich nur mit dem Betriebe irgendwie in Zusammenhang stehende Handlungen derselben in Betracht. S. hierüber Knauer, S. 148,

[1] Auch den römischen Quellen entspricht die Theorie nicht. Ist nicht Schiffbruch das Hauptbeispiel der *vis major*, gerade die eigentümlichste Betriebs-Gefahr der Schiffer?

vor, weil er zufällig die erste Alternative ergriffen? Nein, nicht durch die besondere Gefahr der Eisenbahn, sondern in Folge seiner Geisteskrankheit ist er verunglückt, und der Knabe durch seinen kindlichen Unverstand. Der Fall liegt ähnlich dem schon erwähnten Steglitzer Eisenbahnunglück. [1] Eine „zurechenbare" Schuld ist freilich auf keiner Seite vorhanden. Aber bei der Frage der Haftbarkeit, die durch eigene Schuld des Andern ausgeschlossen wird, ist die letztere nach dem Verhalten eines Menschen zu beurteilen, bei dem von Schuld überhaupt die Rede sein kann.

Wie beim Angriff eines Geisteskranken Notwehr zulässig ist, trotzdem keine Rechtswidrigkeit vorliegt, so fällt die Haftung für Zufall fort, wenn dieser Zufall eine, nicht zurechenbare, *culpa* des Geschädigten enthält. Denn beide Thatbestände setzen nur das objektive Moment als begrifflich notwendig voraus, für das subjektive kann vernünftiger Weise nur insoweit Platz sein, als es — logisch oder juristisch — möglich ist.

Von subjektiver wie objektiver Theorie ganz emancipiert und den Begriff der „höheren Gewalt" überhaupt verworfen hat Gerth, der an Stelle derselben einzelne Gruppen von *casus* Fällen hervorhebt, für die gehaftet werden soll, und zwar bei jedem Rechtsverhältnis, bei dem die *vis major* eine Rolle spielt, andere. Das widerstreitet dem ganz offenbar als einheitlichen Begriff gefassten Institut unserer modernen Gesetze wie der Quellen. Die verschiedenartige, bisweilen unzweifelhaft missbräuchliche, Verwendung des Begriffes durch neuere Gesetze kann leicht dazu verführen, die gemeinsame historische wie rechtspolitische Grundlage der Idee zu vergessen, um so mehr als es für die praktische Handhabung das Bequemste ist, sich nach allen Richtungen hin möglichst freien Spielraum zu sichern.

Aber bei der Aussonderung der einzelnen Gruppen aus der *ratio* der betreffenden Rechtsverhältnisse heraus gerät Gerth wieder völlig in das alte Fahrwasser der Haftung für

---

[1] Vgl. über den Begriff der „Betriebsgefahr" die kürzlich ergangene Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 46 S. 24.

Betriebsgefahren, die er bei jedem Institut selbständig entwickelt, wodurch er den Zusammenhang zwar zerreisst und verwischt, aber keinesfalls beseitigt.[1])

Einen im Resultat ähnlichen Weg schlägt Rümelin ein. Er scheidet indessen umgekehrt Gruppen von Zufällen aus, für die „nicht gehaftet" wird. Nach ihm fällt somit unter höhere Gewalt: (Zufall S. 40)

1) Alles was nicht Betriebsgefahr ist,
2) Von Betriebsgefahren die unabwendbaren,
3) Alles, was nicht voraussehbar ist.

Eine Begriffsbestimmung ist dies überhaupt nicht, sondern bedeutet bei näherer Untersuchung einfach: „Höhere Gewalt ist Zufall". Das ist aber nicht der Sinn der Gesetze. Sie zählen selbst zahlreiche Gruppen von zufälligen Ereignissen auf, für die gehaftet oder nicht gehaftet wird, betonen insbesondere stets die Verantwortlichkeit für das Personal; und abgesehen von dieser Exemplifikation geben Sie dann noch das allgemein durchgreifende Prinzip:[2])

„Einstehen für *Casus*, ausser den Fällen der *vis major*"

---

[1]) Eine sich als erschöpfend gebende Entwickelung und Darstellung der Betriebsgefahren, einen specialisierten Katalog, s. bei Weinand, höhere Gewalt.

[2]) Eine Abweichung von dieser Gepflogenheit enthält die Bekanntmachung des Reichskanzlers betr. Ausführungsbestimmungen zur Fernsprechgebühren Ordnung. Sie zählt im § 4 sämtliche Fälle der Haftung auf: „der Teilnehmer haftet für die von ihm selbst oder Andern verschuldeten, sowie für alle durch Feuer verursachten Beschädigungen des Fernsprechanschlusses und seines Zubehörs sowie für alle durch Diebstahl entstehenden Verluste innerhalb des angeschlossenen Gebäudes."

Das ist allerdings die praktisch sicherste Art der Verantwortlichkeitsbegrenzung. Allein sie birgt die Gefahr in sich, die Gerth wohl unterschätzt, dass nämlich gewisse Zufälle ganz von der gesetzlichen Regelung übersehen werden und in diese Lücke kein subsidiär gültiges Prinzip eintreten kann.

IV.

Greifen wir nun zur Feststellung des Begriffes höhere Gewalt auf das römische Recht zurück, so müssen wir zunächst konstatieren, dass dieses uns ebensowenig wie unser modernes Recht eine Definition giebt, weil es eben einen einheitlichen Begriff *vis major* nicht kennt. Das ergiebt sich aus folgenden Erwägungen:

Die höhere Gewalt kommt bei den allerverschiedensten, in gar keinem inneren und nicht einmal äusseren Zusammenhang stehenden Rechtsverhältnissen, wie dem *receptum, locatum* und der *cautio damni infecti* vor. Dass sich hier ein bewusster einheitlicher Gedanke durchziehen könnte ist von vornherein ganz unwahrscheinlich. Ferner stehen dieser Annahme gewichtige sprachliche Bedenken entgegen. Das *Corpus juris* braucht neben und gleichbedeutend mit *vis major* zahlreiche andere Ausdrücke wie *casus major damnum fatale, vis divina* und die griechische Uebersetzung θεοῦ βία. [1] Die Verwendung so mannigfaltiger Synonyma ist ein sicheres Zeichen dafür, dass ein fester Sprachgebrauch nicht bestand. Dies wird aber zur Gewissheit durch die Erscheinung, dass auf der andern Seite die Worte *vis major*, die eine Uebersetzung unsrer höheren Gewalt sein sollen und dem Institut seinen Namen gegeben haben, allein in mindestens drei verschiedenen, scharf von einander zu scheidenden Bedeutungen vorkommen.

1. In l. 7 D 41, 2: *sedet si nolit in fundum reverti, quod vim majorem vereatur amisisse possessionem videbitur,*

ist *vis major* ganz wörtlich zu nehmen als eine menschliche Gewalt des Eindringlings, die grösser ist als die entgegengestellte Kraft des Depossedierten:

2. Recht häufig wird *vis major* oder seine Synonyma mit Zufall identisch gebraucht und als solcher im Gegensatz zur *culpa* gebracht.

---

[1] Oft kommt auch *„casus cui resisti non potest“* vor, ferner zuweilen Ausdrücke wie *casus improvisus, vis potentior,* der letztere bei der *restitutio in integrum,* wie bei dem entsprechenden Institut der C. P. O., der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der „unabwendbare Zufall“.

So in § 2 J. III, 14:

> *et is quidem qui mutuum accepit si quolibet fortuito casu, quod accepit, amiserit veluti incendio, ruina, naufragio aut latronum hostium incursu, nihilo minus obligatus permanet. At is, qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare jubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire, sed propter majorem vim, majoresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit.*

In dem ersten Teil des Fragments da, wo die *casus fortuiti* aufgezählt werden, kann von technischer *vis major* keine Rede sein. Wer ein Darlehn erhält hat es zurückzugeben, auch wenn er es zufällig und sei es selbst durch *vis major* verliert; der Unterschied wird und kann naturgemäss gar nicht gemacht werden, weil die Zurückzahlung eines Darlehns überhaupt nur durch wirtschaftliche Unmöglichkeit gehindert wird, die jedoch niemals befreit. Das wird noch deutlicher durch die Gegenüberstellung mit dem *Commodatar*, der nur für *culpa* einsteht und deshalb für keinen, auch nicht für den niederen Zufall einzustehen hat. In der ganzen Stelle ist demnach von wirklicher *vis major* keine Rede. Sie gebraucht die Worte eben nur für Zufall.

Interessant ist das Fragment aber auch darum, weil es zeigt, was es mit der „*custodia* Haftung" auf sich hat. Sie bedeutet die Zugrundelegung der einfachen Diligenz, nichts weiter. Ausdrücklich ist gesagt, den *Commodatar* befreit nicht die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, weil er für „*exacta diligentia custodiendae rei*" haftet. Er haftet also nicht bloss für *culpa in concreto*, sondern für *culpa levis*, nur *vis major*, also *casus* trifft ihn nicht. Die letzten Worte der *lex*, die Exner dafür ausbeutet, dass höhere Gewalt und Schuld konkurrieren können, haben demnach nichts mit *vis major* zu thun, sie bedeuten im Zusammenhang nur eine nochmalige Hervorhebung der Verantwortlichkeit für „jede" Schuld.

„Für *omnis culpa*“, besagt die Stelle, nicht blos für *culpa in concreto* wird gehaftet, für Zufall dagegen nicht: nur Schuld muss eben fern liegen“.

Die Gegenüberstellung von *vis major* und *culpa* geschieht auch nicht selten ganz direkt: So in l 30 D 13, 7:

> *„sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret culpam dumtaxat ei praestandam, non vim majorem.“*

Auch in l. 23 D 50, 17 tritt dies hervor:

> *„animalium vero casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.“*

Nachdem hier die *Culpa* Haftung erörtert war, werden einzelne *Casus*-Fälle aufgezählt, für die man nicht einzustehen hat, und darunter gerade die sonst als *vis major* Beispiele *κατ' ἐξοχήν* aufgeführten Ereignisse genannt, wie Aufstand, Ueberschwemmung, räuberischer Einfall. Besonders interessant ist hier die „Flucht der Sklaven die man nicht zu bewachen pflegt“.

Es giebt nämlich, das geht daraus hervor, auch eine vertretbare Flucht von Sklaven, worauf sich die Anhänger der *Custodia* Theorie berufen. Allein das zeigt nur, dass die Flucht ein nicht immer gleichzubehandelndes Ereignis ist, dass vielmehr die Anschauungen des Verkehrs darüber entscheiden, ob Sklaven bewacht werden müssen oder nicht. Im ersteren Fall ist bei ihrem Entweichen Haftungspflicht gegeben, aber nicht, weil eine besondere *custodia* verletzt ist, sondern weil *culpa* vorliegt. Verlangt der Verkehr nicht die Bewachung, so liegt bei etwaiger Flucht Zufall vor, aber gewöhnlicher, wie er hier in Gegensatz zur Schuld gebracht ist. Es ist nicht anders wie beim Depot in der Bank oder bei einem Privatmann. Dieselbe Handlung, Diebstahl des Depots hier, Flucht der Sklaven dort ist das eine Mal auf *Culpa* zurückzuführen, das andere Mal qualificiert sie sich als Zufall.

3. Eine dritte, die eigentliche technische Bedeutung offenbart sich in l 3 § 1 D IV, 9:

> *et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto „omnimodo qui re-*

cepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res perüit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit.“ Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis major contigerit.

Hier ist im Gegensatz zur *Culpa* Haftung eine unbedingte statuiert *(„omnimodo“)*, und zum Ueberfluss noch ausdrücklich hinzugefügt „auch abgesehen von Schuld.“ Nur *damnum fatale* ist ausgenommen, z. B. Schiffbruch, Seeräuberei und diese werden nachher als *vis major* bezeichnet.

Es ist offensichtlich, dass hier aus den Zufall-Ereignissen eine besondere Gruppe herausgehoben werden soll und zwar aus Billigkeitsgründen *(non esse iniquum)*. Es hat keinen Sinn, auch in dieser *lex* eine Identificierung von *casus* und *vis major* vorzunehmen, weil man sonst die Stelle dahin erklären müsste: Es wird über *Culpa* hinaus unbedingt gehaftet, nur für Zufall nicht, was in sich widersprechend und perplex ist.

Also Wirte und Schiffer haften auch für Zufall nur nicht für die besonders geartete „höhere Gewalt“. Ein Beispiel der letzteren ist *naufragium*, ein anderes *vis piratarum*. Damit allein lässt sich nun nicht viel beginnen, ein Prinzip nicht abstrahieren. Und dieselbe Unsicherheit — auch auf sprachlichem Gebiet — begegnet uns im modernen Recht. Auch hier für denselben Begriff verschiedene Worte, auch hier Verweisung auf ein Fremdwort, auch hier unzureichende Beispiele!

Das Handelsgesetzbuch, bürgerliche Gesetzbuch und Haftpflichtgesetz sprechen jetzt allerdings übereinstimmend von „höherer Gewalt“. Dagegen kommt in den Prozessordnungen (Civil- und Straf-Prozessordnung; sowie Gewerbegerichtsgesetz) der Ausdruck „unabwendbarer Zufall“ vor. Daneben spielen noch die Naturereignisse eine gewisse Rolle.

Zunächst könnte man bei der konsequent durchgeführten Trennung zwischen dem Sprachgebrauch jener ersteren materiellen Gesetze und dem der Prozessordnungen daran denken dass zwei verschiedene Begriffe in Frage stehen. Allein das

erscheint bei näherer Betrachtung aus zwei Gründen ausgeschlossen. Die „höhere Gewalt“ des B. G. B. und des Haftpflichtgesetzes ist den entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen[1] entlehnt worden, die ihrerseits von unabwendbarem Zufall sprachen und dieser Ausdruck ist bei der Beratung jener Reichsgesetze als durchaus identisch mit der *vis major* angesehen. Es kommt aber noch hinzu, dass die Verwendung des Begriffes höhere Gewalt im B. G. B. und H. G. B. sich zum Teil mit der in den Prozessgesetzen völlig deckt. *Vis major* wird nämlich einmal gebraucht, wenn die Haftung für einen Schaden festgesetzt wird (§ 701 B. G. B., § 456 H. G. B., § 1 Haftpflichtgesetz), und dann, wenn die Verzögerung einer Handlung entschuldigt wird. In dieser letzteren Bedeutung, dem Dazwischentreten eines Hindernisses wird sie nicht nur in den Prozessordnungen als „unabwendbarer Zufall“, sondern ebenso im B. G. B. §§ 203, 1996 und H. G. B. § 453 Abs. 1 s. Z. 5. als „höhere Gewalt“ verwandt.[2] Eine Scheidung liesse sich also nicht nach diesen verschiedenen Bezeichnungen einführen: sie würde innerhalb desselben Gesetzes für denselben Ausdruck Platz greifen müssen.[3]

---

[1] A. L. R. II, 8 § 447. Die Wirte haften, wenn nicht der Schaden durch äussere Gewalt und Zufälle, die der Wirt bei der sorgfältigsten Aufmerksamkeit weder hat vorhersehen noch verhüten können, entstanden ist.

§ 25 d. Ges. v. 3. Nov. 38. Eisenbahn haftet für jeden Schaden, ausser wenn er durch einen „unabwendbaren äusseren Zufall“ bewirkt ist.

[2] Gegen die Verwendung des Begriffes in diesem Sinne polemisieren allerdings Viele. Fischer (S. 288), Rümelin (S. 27), Endemann (S. 495 a. 17) Knauer (S. 91) sprechen von einem „legislatorischen Missgriff.“ Es liegt aber im § 203 B. G. B. gar kein neuer Fall vor. Auch § 453 Abs. 1 Z. 5 H. G. B. und schon § 16 des Ges. betr. Nationalität d. Kauffahrteischiffe sowie § 49 G. O. brauchen höhere Gewalt im selben Sinne. S. Zitelmann S. 173 und Knauer S. 53, 69.

[3] Endemann thut konsequent auch diesen Schritt. Er sieht im § 1996 einen andern Begriff verkörpert als in den §§ 203, 701. Dagegen ist zunächst zu erinnern, dass § 203 in die Kategorie des § 1996 und nicht zu § 701 gehört; s. die richtige Gruppierung bei Matthias I S. 274, Enneccerus-Lehmann I S. 275 und Crome S. 500 f.

An sich würde „unabwendbarer Zufall“ eine Tautologie sein, Zufall ist begrifflich unabwendbar; die Hinzufügung jenes Attributes bedeutet demnach die Schöpfung eines selbständigen Begriffes, der nach der ganzen historischen Entwickelung nur die *vis major* sein kann. Das ist auch die fast einstimmige Ansicht der Kommentatoren der Civilprozessordnung. [1]

Diesen unabwendbaren Zufällen stellt nun § 233 C.P.O. als Paradigma Naturereignisse voran, und ähnlich braucht § 203 B. G. B. die Wendung „durch Rechtsstillstand oder sonst durch höhere Gewalt“. Man könnte daraus schliessen wollen, dass „höhere Gewalt“ ebenso gewaltig einschneidende Ereignisse sein müssen wie Naturereignisse und Rechtsstillstand. [2] Der Schluss ist jedoch nicht zwingend. Das zeigt eine Heranziehung aller der Ereignisse, die in ihrer Wirkung der *vis major* gleichgestellt sind, ohne als solche bezeichnet zu werden. Im § 233 C. P. O. ist den Naturereignissen und anderen unabwendbaren Zufällen an die Seite gestellt die unverschuldete Unkenntnis der Zustellung, ein gewiss recht unbedeutendes Ereignis, das weder *„vis“* noch *„major“* ist. Analoge Bestimmungen finden sich auch im § 1996 B. G. B. und § 235 C. P. O. Viel komplicierter sind noch die in der materiellen Gruppe der höheren Gewalt gleichgestellten Zufälle. (§ 701 B. G. B., § 456 H. G. B.). Man kann diese weder zur Gegenüberstellung noch überhaupt zur Vergleichung heranziehen, weil einzelne von ihnen auch *vis major* Ereignisse sein können, ohne als solche bezeichnet zu sein. Es ist nämlich einerseits möglich, dass das Gesetz sie blos deshalb ausdrücklich namhaft gemacht und hervorgehoben hat, um bei ihnen, weil es sich um die allerwichtigsten Fälle z. B. Haftung für das Per-

---

Ferner bei Knauer, der (S. 89) mit Recht hervorhebt, es könnte nicht der Wille des Gesetzgebers sein, im B. G. B. zwei verschiedene Begriffe der höheren Gewalt zu schaffen. Für einen einheitlichen Begriff ist auch Leonhard S. 239 und Cosack Lehrb. S. 247. Vom Standpunkt der Theorie der Betriebsgefahr sind diese Fälle freilich unverwendbar. Nur Volkmar versucht (S. 87 ff.) eine sehr gekünstelte Uebertragung jener Theorie auch auf diese Gruppe.

[1] S. Struckmann-Koch, Gaupp, Petersen-Anger zu § 233 C. P. O., ferner Wilmowsky-Levy zu § 211 C. P. O.

[2] Dieser Ansicht ist z. B. Planck, Commentar z. B. G. B. § 203.

sonal handelt, jeden Zweifel durch positive Regelung abzuschneiden, andrerseits ist es begrifflich nicht ausgeschlossen, dass diese Ereignisse, auch wenn sie an sich nicht *vis major* Natur haben, sich als solche unter besonderen Umständen qualificieren können, und dass der Gesetzgeber ohne Rücksicht hierauf für diese Fälle stets Haftung eintreten lassen wollte.[1]

Die Eisenbahn haftet z. B. für ihre Angestellten unbedingt. Stiehlt einer von ihnen, so liegt zwar *casus* vor, aber kraft jener absoluten Vorschrift wird die Eisenbahn eben für alle Handlungen ihres Personals ersatzpflichtig. Nun wäre es möglich, dass der Schaden durch eine allgemeine Verschwörung sämtlicher Bahnbeamten eintritt, die sich doch als *vis major* darstellen würde.[2] Ohne jene Sondervorschrift wäre die Eisenbahn dadurch befreit. Das wollte der Gesetzgeber jedoch nicht und bestimmte deshalb in unbedingter Weise ohne Rücksicht auf die *vis major* Natur des Ereignisses die Haftung der Eisenbahn für das Personal.

Mit allen diesen in der Wirkung gleichgestellten Ereignissen können wir zur Abstrahierung eines Prinzips für die *vis major* also darum nicht operieren, weil sie aus besonderen Gründen festgesetzt sind und mit der *vis major* Haftung in keinem unmittelbaren Zusammenhange stehen.[3]

Da wir nun eine Definition nicht haben und uns nicht einmal ausreichende Beispiele zur Verfügung stehen, bleibt nur noch übrig auf den Sinn, die *ratio* der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen zurückzugehen.

Wir müssen uns zu diesem Zwecke streng an die Institute halten, bei denen die *vis major* in technischer Bedeutung, nämlich als eine besondere Art des Zufalls, vorkommt. Wir haben gesehen, dass sie meistens in der Gestalt des einfachen Zufalls erscheint, nämlich bei allen Rechts-

---

[1] So auch Knauer S. 46 f. 56 f. insbesondere für die Haftung für Gehülfen.

[2] Die Frage wurde bei dem allgemeinen Streik der Angestellten der Grossen Berliner Strassenbahn ventiliert.

[3] Die unverschuldete Unkenntnis der Zustellung ist z. B. nach der Fassung des § 44 St. P. O. zur *vis major* gerechnet, nach derjenigen des § 233 C. P. O. dagegen nicht.

verhältnissen, bei denen eine *Custodia* Haftung vorgeschrieben ist. Diese Fälle haben hauptsächlich zur Verwirrung des Begriffes beigetragen, weil sie mit Unrecht zur Erklärung desselben herangezogen wurden, während bei ihnen von einer Zufallshaftung überhaupt keine Rede ist. Wir wollen dies noch an einem Hauptquellenbeispiel, der *cautio damni infecti*, erhärten:

l. 24 § 3, 4 *D* 39, 2: *Haec stipulatio utrum id solum damnum contineat, quod injuria fit, an vero omne damnum, quod extrinsecus contingat? Et Labeo quidem scribit de damno dato non posse agi, si quid forte terrae motu aut vi fluminis aliove quo casu fortuito acciderit, Servius quoque putat, si ex aedibus promissoris vento tegulae dejectae damnum vicino dederint, ita eum teneri, si aedificii vitio id acciderit, non si violentia ventorum, vel qua alia ratione, quae vim habet divinam.*

Es wird hiernach nur für den Schaden gehaftet, der seine Ursache im Bau des Hauses hat *(vitio aedificii)*. Das ganze Institut ist eine baupolizeiliche Massregel, um die Ausbesserung gefahrdrohender Anlagen zu bewirken, weil der Römer sich sträubte, eine *culpa* anzunehmen, wo nur ein „*non facere*“ in Frage kam. Sein von Alters her überlieferter *culpa* Begriff umfasste nur positives Thun, schuldhafte Handlungen. War dagegen das Haus nach allen Regeln der Baukunst errichtet, mangelten keine notwendigen Reparaturen und geschah demungeachtet ein Unfall, was nur auf aussergewöhnliche Naturereignisse, wie heftigen Wind oder Erderschütterung zurückgeführt werden konnte, so wurde nicht gehaftet. Es kommt also wie auch sonst bei der *custodia* auf die einfache Schuldfrage hinaus. Das Eigentümliche bestand dabei bloss darin, dass man bei der Eigenart von Bauanlagen und der Möglichkeit der Gefährdung durch sie da Schuld nehmen musste, wo sie sonst nicht zu finden war, nämlich im blossen Unterlassen. Auch hier entschieden die Lebenserfahrungen,

die Verkehrsregeln. Heute, wo wir den seltsamen Umweg der *cautio* nicht mehr kennen, würden wir unbedenklich die Nichtausbesserung baufälliger Anlagen als Schuld ansehen. Das ist auch der Standpunkt des B. G. B. § 836.

V.

Es kommt für die echte *vis major* vor allem das *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* in Betracht, der wahrscheinliche Ursprung des ganzen Instituts. In der citierten l 3 § 1 D 4,9 sieht sich der Prätor veranlasst, die Haftung, die um jene Zeit nirgends über *culpa* hinaus statuiert war, für Wirte und Schiffer auf Zufall auszudehnen. Als Grund dafür wissen die römischen Juristen uns nur das Misstrauen gegen *„hoc genus hominum“*, die Gefahr der Kollusion dieser Leute mit Dieben anzugeben. Eine solche aus Misstrauen gegen eine ganze Berufsklasse hervorgegangene Gesetzgebung steht in der Rechtsgeschichte allerdings nicht vereinzelt da.[1] Aber eine Massregel wie die unbeschränkte Haftpflicht würde einerseits weit über das Ziel, die Sicherstellung der Gäste und Schutz ihres Gutes, hinausschiessen, andrerseits es nicht einmal zu erreichen vermögen. Es müsste doch die Haftung für Personal und Gäste oder schlimmstenfalls überhaupt für fremde Schuld genügen, die Haftung für rein zufällige Ereignisse lässt sich hieraus nicht erklären. Andrerseits ist die Befreiung der Wirte im *vis major* Falle bei dieser Annahme noch befremdlicher: ein Hauptfall ist nämlich der Raub, und ist nicht Kollusion mit Räubern ebensogut denkbar wie mit Dieben?[2] Allein einen andern Grund geben die Quellen hier nicht an und wir müssen uns danach weiter umsehen. Die technische *vis major* begegnet

[1]) Im modernen Recht gehört hierin das Gesetz über Abzahlungsgeschäfte, über öffentliche Pfandleiher, (R. G. v. 16. 5. 94 und preuss. G. v. 17. 3. 81) ferner zahlreiche Einzelbestimmungen der Gewerbeordnung z. B. über Konzessionierung

[2]) Man denke an Hauffs Märchen „das Wirtshaus im Spessart“ andrerseits an den Fall in Goethes Lustspiel „die Mitschuldigen“, wo der Diebstahl ohne Kollusion des Wirtes weder vom Personal noch von Gästen, sondern von einem Verwandten begangen wird.

uns ausser dem erwähnten Falle im *Corpus juris* nur noch bei der *remissio mercedis*. In l. 15 § 2 D 19,2 heisst es:

> *„Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum aut si incursus hostium fiat, si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi merceles agri praestare cogatur, sed et si uredo fructum oleae corruperit aut soli fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum; si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Hemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit ut nusquam sit damno domini esse. Oportere enim agrum praesturi conductori, ut frui possit“.*

So verwirrt hier bei den einzelnen Beispielen die angegebenen Gründe sind[1]), so klar ist das allgemeingültige, sie alle umfassende Prinzip ausgesprochen, und zwar in dem socialen Gedanken der Abwägung der Verhältnisse unter den Beteiligten mit den Worten: *„ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur“*. Ist die ganze Ernte vernichtet, so soll auch der Pachtzins fortfallen, um den Pächter, der durch den Verlust der Ernte schon hart getroffen ist, nicht noch durch Leistungen an den Verpächter unbillig zu belasten.

Die sämmtlichen Beispiele der *lex* enthalten Zufälle, bei denen nur in der Grösse des Schadens die Frage der Haftpflicht unterschieden wird. Unter der im Sprachgebrauch so üblichen Vertauschung von Ursache und Wirkung ist statt von der Grösse des Schadens auch wohl von der Wucht der Ereignisse die Rede. Aber *uredo* und *fervor non adsuetus* sind nicht deshalb befreiend, weil sie aussergewöhnliche Ereignisse siud, sondern, wie die unmittelbar voraufgehenden Worte zur Gewissheit beweisen, weil sie die ganze Ernte er-

[1]) Es ist hier in einem Atemzug von dem Moment des Unwiderstehlichen *(cui resisti non potest)*, des Ungewöhnlich-Ausserordentlichen *(extra consuetudinem)*, und der äusseren Herkunft *(si vitia ex ipsa re oriantur)* die Rede. Diese Momente decken sich durchaus nicht, sie schliessen sich nur nicht aus,

greifen und verheerender wirken als *fervor adsuetus*, der vielleicht nur einen Teil der Saat ergreift, oder zwar das Ganze erfasst, es aber nicht völlig vernichtet, sondern nur minderwertig macht. Haarscharf wird das durch das folgende Beispiel beleuchtet. Feindlicher Einfall ist, objektiv betrachtet, stets von derselben Wucht und Ungewöhnlichkeit. Und doch unterscheidet die Stelle: Ist der Schaden, der durch das Heer angerichtet wird, unbedeutend *(aliquid abstulit)*, so muss der Pachtzins entrichtet werden (*idemque dicendum*, nämlich *damnum coloni esse*). Würde das Heer dagegen die gesamte Ernte sich aneignen oder vernichten, so müsste die Haftung für *merces* fortfallen, und nicht anders wäre es bei ähnlichen verschieden wirkenden Ereignissen, wie Ueberschwemmung und Raub.

Zum Schluss ist die nationalökonomische Grundidee noch einmal zusammengefasst in die Worte: *„oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit“*, oder wie Stintzing (S. 455) es ausdrückt: „Der wirtschaftende Mensch muss auf seine Kosten kommen, er muss von der Natur mehr eintauschen als er an eigner Kraft durch Arbeit geopfert hat.“

Noch klarer und einfacher ist derselbe Gedanke in l. 25 § 6 *D* 19, 2 ausgedrückt:

> *„Vis major non debet conductori damnosa esse, si plus quam tolerabile est laesi fuerint fructus, alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus“.*

Wenn der Schaden die wirtschaftliche Kraft des Pächters übersteigt, *[si plus, quam tolerabile est]*, ist er von Zahlung des Pachtzinses befreit. Also entscheidend ist nicht die Art des Unfalls sondern die Grösse des angerichteten Schadens, an der ökonomischen Tragfähigkeit der Beteiligten gemessen. Unfall und Schaden stehen übrigens naturgemäss in engster Wechselwirkung, so dass die Vertauschung beider in der l. 15 § 2 D. 19, 2 nicht Wunder nimmt.

Man hat die *remissio mercedis* zur Erklärung der *vis major* nicht genügend herangezogen. Schneider (S. 362) meint, dass es sich hier nur um ein „Teilanwendungsgebiet“ derselben handle, um Naturereignisse und ihre Rückwirkung auf Feld-

früchte. Würde wirklich nur von Naturereignissen die Rede sein, so wäre das sehr erklärlich, da Feldfrüchte im Gegensatz zu anderen Gegenständen hauptsächlich Naturkräfte zum Feinde haben. Schlüsse könnte man hieraus nicht ziehen. Zufällig ist aber auch gerade unter den Beispielen feindlicher Einfall genannt! Und thatsächlich handelt es sich hier nicht um *vis major* in „übertragener" Bedeutung, wie Schneider will, sondern in ihrer reinsten Gestalt. Es fallen zunächst die schwächlichen Gründe fort, die in der ethischen Qualität des *hoc genus hominum* die Ursache der ungewöhnlichen Haftungserweiterung sehen.

Sodann aber fällt die im Rechtsverkehr sonst nicht auftretende Haftung hier noch mit einer andern unerhörten Erscheinung zusammen, die sich aus demselben Grunde erklären lässt wie jene, das ist das Erlöschen einer Obligation bei wirtschaftlicher Unmöglichkeit. Der Frage nach der Leistungspflicht liegt sonst stets die Entscheidung über die physische Unmöglichkeit der Erfüllung zu Grunde, hier jedoch handelt es sich gar nicht um einen Gegenstand, der überhaupt untergehen könnte, sondern um Zahlung von Geld, und *„genus perire nequit"*.

Sociale Fürsorge hat indessen diese Ausnahme diktiert, im engsten Zusammenhang mit der befreienden *vis major*, die auch nur aus solchen Rücksichten zu erklären ist.

Wenden wir uns nun wieder zu dem *receptum*, so werden wir sehen, dass dieselben Grundsätze in wenig veränderter Form auch hier massgebend sind. Nur den Ausgangspunkt müssen wir von der entgegengesetzten Seite nehmen, in der Mitte werden wir dem der *remissio mercedis* zu Grunde liegenden Gedanken wieder begegnen.

Bei dieser handelt es sich nämlich um Abweichung von der absoluten Verpflichtung zur Zahlung des Pachtzinses, beim *receptum* dagegen zunächst gerade um die Verschärfung der gewöhnlichen *Culpa*-Haftung zur absoluten *Casus*-Haftung und dann erst wieder um die Abschwächung derselben kraft der *vis major*-Ausnahme.

Die Sicherheit des Verkehrs erheischte in Rom, dass man Sachen, die man Wirten anvertraute, weil man sie ihnen

anvertrauen musste und die Möglichkeit eigener Obhut auf der Reise ausgeschlossen war, auch bei ihnen sicher wusste, und zwar in Rom, wo die Gasthäuser einsam lagen, noch weit mehr als bei unsern Hotels, wo wiederum der allzu offene Verkehr andere Gefahren in sich birgt. Nun kam es darauf an, abzuwägen, wer leichter diese alltäglichen Gefahren auf sich nehmen konnte, der Wirt oder der Reisende. Das alte strenge Recht mochte für den letzteren sprechen, denn wo nicht besondere Gründe eingreifen, behält der Satz *„casum sentit dominus“* seine Geltung. Allein hier reichte das alte Recht und sein starres, allein vom Schuldgedanken beherrschtes Haftungsprinzip für den schnell sich entwickelnden, lebhaften Verkehr nicht mehr aus. Der Wirt, als Unternehmer grosser Betriebe, heute allerdings noch mehr als damals, war dem Reisenden gegenüber, der vielleicht mit dem griechischen Philosophen sagen konnte, *omnia mea mecum porto*, in der Regel der wirtschaftlich ungleich Stärkere, und so kam man bald dahin, ihm den Schaden aufzubürden, der durch fremde Schuld und schliesslich auch durch reinen Zufall entstanden war. Man empfand das sicherlich als gerecht, und es ist dies durchaus nicht als Rückschlag in die alte absolute *Casus*-Haftung, sondern als ein von höherer Billigkeit eingegebener Fortschritt zu betrachten, wie die im unmittelbaren Anschluss hieran sich entwickelnde *vis major* Ausnahme zeigt.

Es ist ja klar, dass die ohne Prüfung der speciellen Verhältnisse zu Grunde gelegte Annahme, der Wirt würde den Schaden leichter tragen als der Gast, nicht immer zutreffen konnte und dass hier Fälle krasser Ungerechtigkeit eintreten mussten, die den Prätor veranlassten, zuweilen von seiner Regel abzugehen und die *exceptio vis majoris* einzuführen, selbstverständlich, der Idee und dem socialen Prinzip der Verantwortlichkeitserweiterung entsprechend nur da, wo das wirtschaftliche Verhältnis gerade das umgekehrte war und die Haftung die ökonomischen Kräfte des Recipienten überschritt.

Das mochte nun anfangs vom Prätor von Fall zu Fall bei Erteilung der *formula* geprüft worden sein. In besonders hervorstechenden Fällen wird er im Verfahren in *jure* auf

Antrag des Beklagten die *exceptio* in die Formel eingestellt haben, womit er den Richter anwies, beim Vorhandensein eines *vis major* Unfalls die an sich gegebene Haftungspflicht zu verneinen. Ob ein solcher vorlag entschied der Richter im Verfahren in *judicio*, aber nur, wenn zuvor der Prätor, die Eventualität bereits erwägend, nach oberflächlicher Vorprüfung erklärt hatte, dass die *exceptio* in Betracht kommen könnte. Es war also eine doppelte Kontrole, welche die *vis major* zu passieren hatte und das spricht dafür, dass sie nicht gar oft vom Prätor gegeben und auch dann vielleicht nicht häufig vom Richter in Wirksamkeit gesetzt werden ist. Nun wissen wir freilich nichts darüber, ob von den rechtsprechenden Faktoren zu Gunsten oder Lasten des Recipienten von der die Haftung mildernden *exceptio* ein mehr oder weniger ausgiebiger Gebrauch gemacht wurde; aber da man die prinzipale *Casus*-Haftung zweifellos als billig empfand, mussten für eine abweichende Entscheidung im speciellen Falle sehr gewichtige Gründe sprechen, die nur im Fehlen der jener absoluten Verbindlichkeit zu Grunde liegenden Voraussetzung bestehen konnten.

Nach Fortfall des Formularprozesses musste mit der Zeit die bis dahin ganz individuell behandelte, ausnahmsweise Befreiung bei wirtschaftlich unerträglicher Belastung des Recipienten eine typische Gestalt annehmen, und sich neben der Regel auch die Ausnahme als allgemeines Prinzip durchgerungen haben. Eine solche unbillige Belastung liegt analog den Beispielen der *remissio mercedis* dann vor, wenn die Haftung eine allzu umfangreiche sein würde, etwa sämmtlichen Gästen gegenüber zugleich einträte. Und das ist bei den als *vis major* Ereignissen aufgezählten Beispielen thatsächlich der Fall.

Beim Einsturz des Hauses werden wohl die eingebrachten Sachen aller Gäste beschädigt werden. Hier, wo dem Wirt ausserdem noch durch Verlust seines Hauses der allergrösste Schaden entstanden, seine Existenz vielleicht vernichtet ist, soll er nicht auch noch sämtlichen Gästen ihren Schaden ersetzen müssen. Ebenso liegt es für den *nauta* beim Schiffbruch, wo das Schiff selbst mit der ganzen Ladung zu Grunde geht. Es ist nicht anders wie beim Pächter, der

ausser dem Verlust der Ernte nicht auch noch für den Pachtzins aufkommen soll. Und das ist auch der tiefere Grund für die seltsame Erscheinung, dass für Raub nicht gehaftet wird, wohl aber für Diebstahl. Ein Dieb, sei es ein Hausdieb oder ein Fremder, benutzt eine günstige Gelegenheit sich einzuschleichen, um irgend einen Gegenstand zu entwenden; in grösserem Umfange kann er schon deshalb nicht stehlen, weil das auffallen und zu seiner sofortigen Entdeckung führen könnte; Räuber dagegen, besonders in einsam gelegenen Gasthäusern oder gar auf hoher See, haben Musse sich alles anzueignen und werden regelmässig ausser den Gästen auch den Wirt selbst um seine gesamte Habe bringen. Der Ersatz des fremden Schadens kann ihm bei dem eigenen schweren Verlust nicht zugemutet werden.

Der Fall des Diebstahls und der Räuberei ist zu vergleichen dem bei der *remissio mercedis* erwähnten Beispiel der feindlichen Truppen, die entweder *„aliquid abstulerunt“* oder aber alles verheeren.[1])

Der „unverhältnismässig grosse Schaden“ ist auch sprachlich die einzig mögliche Erklärung des Begriffes. Es ist von jeher bei seiner Ableitung zu einseitig das *receptum* ins Auge gefasst, vor allem aber zu viel Gewicht auf die Worte *„vis major“* gelegt worden.

Vis enthält nur die Ursache, *casus* dagegen die Wirkung, auf die es allein ankommt und deshalb sind die synonymen Ausdrücke *casus major* oder auch *damnum fatale* besser zu verwerten. Andrerseits ist wieder *„major“* klarer als *fatale, divina* oder unser „höher“. Während nun die romanischen Rechte sich wenigstens beim Attribut die richtige Anschauung bewahrt haben und von *force majeure, forza maggiore* sprechen, haben die germanischen Rechte in offensichtlicher Anlehnung an das griechische Wort θεοῦ βία das „Ueberirdische“ als Qualification der *vis* beibehalten, wir sprechen von „höherer Gewalt“, sie hat sich bei uns völlig eingebürgert, während die

[1]) Dass dieser Gedanke auch dem B. G. B. zu Grunde liegt zeigt § 702, wo die Ersatzpflicht für Wertsachen, wohl der Hauptfall für ungewöhnlich grossen Schaden, der Höhe nach begrenzt ist, eine im B. G. B. sonst nicht wiederkehrende Erscheinung.

Engländer ganz ähnlich von *act of God and the kings enemies* reden. *Major* heisst aber grösser, nicht höher und passt als quantitativer Unterschied nur auf die Wirkung, den Schaden, der allerdings zu der Wucht des Ereignisses, der Ursache, wenigstens meistens in geradem Verhältnis steht.[1]) So bleibt also „höhere Gewalt" die falsche Uebersetzung eines an sich schon schiefen Begriffes; und die Verwendung in unsern Gesetzbüchern muss den Anschein erwecken, als handle es sich thatsächlich um eine besonders geartete Gewalt, nicht um einen lediglich quantitativ grösseren Schaden.

Ganz falsch drückt sich in dieser Beziehung das H. G. B., das B. G. B. und das Haftpflichtgesetz aus: Sofern nicht der Schaden (Unfall) durch höhere Gewalt verursacht ist (entsteht); vorsichtiger die Prozessordnungen: Sobald nicht die Verhinderung durch Umstände eingetreten ist, die unabwendbarer Zufall sind, und am deutlichsten spiegelt noch die Grundanschauung wieder die Denkschrift zum B. G. B. (S. 86), die von einem „nicht als höhere Gewalt anzusehenden Zufall" spricht, eine Wendung, die sich bezüglich der Frage, ob Ursache oder Wirkung entscheidend sein soll, neutral verhält.

Natürlich würde es auf die verschiedene Ausdrucksweise der Gesetze für die Auslegung des Begriffes nicht ankommen, wenn er sich einmal in seiner fundamentalen Bedeutung eingebürgert hat, oder er durch die Wissenschaft oder Rechtsprechung eine einheitliche feste Gestaltung errungen

---

[1]) Wie übrigens die Worte *vis major* gepresst werden, um auch sprachlich die verschiedenen Theorien zu rechtfertigen, zeigt die Erläuterung in Staubs Kommentar z. H. G. Bd. II, S. 1561:

> „In dem Worte *vis* liegt ein äusseres (!) Ereignis. Es ist darunter eine äussere Gewalt zu verstehen, die in Ausführung des Transportes hindernd eingreift, ob auf Naturereignis oder menschliche Einwirkung zurückzuführen. Sodann müssen es Ereignisse sein, deren Eintritt nicht vorauszusehen und durch Anwendung geeigneter Vorkehrungen nicht zu vermeiden war. Das liegt im Worte *major* (!)."

Weder ist „*vis*" notwendig etwas äusseres, Gewalt braucht keine äussere zu sein, noch liegt in dem schlichten Worte „*major*" etwas nicht voraussehbares, unvermeidliches.

hat.[1] Da dies aber nicht der Fall ist, muss die schwankende Sprache des Gesetzgebers naturgemäss noch verwirrender auf Theorie und Praxis zurückwirken!

VI.

Wir müssen nun noch den Begriff der höheren Gewalt, ausserhalb der einschlägigen Rechtsverhältnisse, im grossen Zusammenhang mit dem ganzen Haftungssystem unseres Rechts betrachten, weil dadurch am besten seine Einwirkung auf die ihm unterliegenden Verhältnisse verständlich wird. Da *vis major* im Gebiete des Zufalls liegt, haben wir dessen Umfang zunächst zu begrenzen.

Zufall im weitesten Sinne des täglichen Sprachgebrauches ist jedes „unabhängig vom menschlichen Willen eintretende Ereignis“.[2] Im engeren Sinne erfordert er freilich eine nach irgend einer Richtung hervortretende Bedeutung, denn an den ganz unauffälligen Ereignissen gehen wir achtlos vorüber. Deshalb nennen wir Zufall eigentlich meist nur „ein sonderbares, gegen alle Regeln der Wahrscheinlichkeit verstossendes Zusammentreffen von Thatumständen“.

Wir sehen also, dass wir den Zufall als solchen in Gegensatz bringen zu unserm Willen, nicht zu unserm Erkenntnisvermögen. Dieses Letztere ist dagegen der Massstab für die von uns unterschiedenen Zufallsgrade, wenn wir nämlich von einem „seltenen“, einem „ungewöhnlichen“ Zufall sprechen. Immer aber interessiert nur die Wirkung, nicht das sie herbeiführende Ereignis, das sich stets gleich bleibt, oder uns gleich erscheint.

Es leuchtet ein, dass ein so umfassender und zugleich so variabler Begriff für eine juristische Verwertung unbrauchbar ist. Der menschliche Wille kommt im Recht überhaupt nicht vor, sondern nur der Wille eines bestimmten Menschen. In der Jurisprudenz giebt es deshalb auch nur einen relativen

[1] Ebenso Gelpcke S. 386: „Ob hierfür grade der Ausdruck „höhere Gewalt“ ein besonders bezeichnender und glücklich gewählter sein würde ist von untergeordneter Bedeutung. Gegen die Anwendung des einmal eingedrungenen Ausdrucks würden sich keine erheblichen Bedenken ergeben.“

[2] So auch Brinz Pandekten II,1, § 276, S. 314.

Zufall, es kann ein und dieselbe Handlung für Jemand Zufall sein, während sie es für einen Andern nicht ist.

Zufall im juristischen Sinne tritt also in Gegensatz zu der Schuld eines Menschen, er ist, soweit er für die Schadenshaftung in Betracht kommt, das ohne seine Schuld eintretende, Schaden verursachende Ereignis". Nur in der letzterwähnten Rechtsbeziehung interessiert der Zufall, und aus dieser Definition ist deshalb jedes Einteilungsprinzip für den besonderen Zufall, die *vis major* zu entnehmen.

Man darf keineswegs auf den Sprachgebrauch des täglichen Lebens zurückgehen und den höheren, den „überirdischen" Zufall als den ohne den Willen aller Menschen eingetretenen ansehen. Denn dem widerstreiten die gesetzlichen Bestimmungen im *Corpus juris* genau so wie im neueren Recht.

Bleiben wir zunächst beim *receptum*. Es wäre hiernach *vis major* jede nicht von Menschenhand verursachte Schädigung. Wirt und Schiffer würden also für Handlungen des Personals, der Gäste und aller Aussenstehenden haften. Die Haftung für das Personal ist nun nichts dem *receptum* Eigentümliches, sie tritt nach B. G. B., und wohl schon im römischen Recht allgemeiner ein, die Verantwortlichkeit für die Gäste erleidet dagegen schon Ausnahmen (§ 701, Abs. 1 Satz 2 B. G. B.), und die durch Aussenstehende ist ebenfalls nicht immer vorhanden, z. B. nicht bei Raub.

Ganz ähnlich liegen die Verhältnisse beim Frachtführer im H. G. B. In der oben aufgestellten Definition liesse sich für das Wort Ereignis ein Einteilungsmassstab finden, aber nicht bloss einer, sondern unzählig viele, die sämtlich gleich begründet oder unbegründet wären, so dass man schliesslich auf eine einfache Aufzählung aller möglichen Arten hinauskäme, die einerseits einer zweckmässigen Gruppierung ermangeln, andrerseits doch nie erschöpfend sein könnte.

Es bleibt also nur die Einteilung des Schadens übrig, der als objektives Ereignis nur nach seiner Wirkung gemessen werden kann. Wie bei der Schuld der qualitativ subjektive Gradmesser, so kommt beim Zufall der quantitativ objektive, die Grösse des Schadens, zur Anwendung.

Zur Nachprüfung dieses Ergebnisses wollen wir den Einfluss der verschiedenen Schuld- und Zufalls-Grade im gesamten Haftungssystem des Rechts näher beleuchten

Es ist schon berührt worden, dass in der ältesten Zeit des starren, strengen Rechts eine Befreiung von der Haftung für eine versprochene Leistung überhaupt nie eintrat. Die Obligation, an deren Stelle eventuell Ersatzansprüche traten, erlosch durch nachträglich eintretende Unmöglichkeit der Leistung nicht. Die schwere Unbilligkeit, die darin oft lag, mochte sich früh fühlbar gemacht haben und bald kam man zu dem Satze, der auch heute noch der Grundstock des ganzen Haftungssystems geblieben ist und ferner bleiben muss: „Für Schuld wird gehaftet, für Zufall nicht". Die kasuelle Unmöglichkeit befreit also von jeder Verpflichtung, es ist hierzu keineswegs *vis major* nötig, wie oft irrtümlich behauptet wird.

Als beim Ausbruch des deutsch-russischen Zollkrieges im Jahre 1893 die deutschen Importeure sich weigerten, das vorher bestellte Getreide abzunehmen, weil sich die Verhältnisse durch den inzwischen wesentlich erhöhten Zoll zu ihren Ungunsten verschoben hatten, erörterte man die Frage, ob hier nicht *vis major* vorliege. Dae war doppelt verfehlt. An sich ist zum Erlöschen der Verbindlichkeit jeder Zufall, nicht blos *vis major*, hinreichend, hier jedoch kommt auch die letztere nicht in Betracht, weil überhaupt keine physische, sondern nur eine wirtschaftliche Unmöglichkeit in Rede steht, die niemals befreit. [1]

Die *Vis major* ist aber gar kein allgemeiner im ganzen Gebiet des Rechtslebens seine Wirkung äussernder Begriff wie Schuld und Zufall, sondern eine positive Schöpfung der Gesetzgebung, des verfeinerten Rechtsbewusstseins. Die Idee

[1] Denselben Gedanken spricht Ihering in seinem Gutachten über die Gäubahn aus, wo er einen ähnlichen Fall zu beurteilen hatte (Bd. 18, S. 121):

> „Auch Geld kann von einer *vis major* betroffen werden, aber nur das Geld, das man hat, nicht das man sucht, d. h. das Geld in *abstracto*. Denn auf dieses ist auch der Begriff des *Casus* nicht anwendbar."

der höheren Gewalt begreift nicht etwa eine allgemeine Ausnahme von der Zufallshaftung in sich, sondern ist wie diese selbst nur kraft ausdrücklicher Bestimmung gegeben.[1])

Einfacheren Lebensverhältnissen müsste der Schuldgedanke als Verantwortlichkeitsgrenze genügen, allein bei fortschreitender Entwickelung des Verkehrs und der damit Hand in Hand gehenden Ausbildung eines subtileren Rechtsgefühles musste der Satz, für Schuld wird gehaftet, für Zufall nicht, notwendigerweise nach beiden Seiten hin vielfach durchbrochen werden. Die Abweichungen von ihm bleiben allerdings stets Ausnahmen, die ihre Sanktion im Gesetz finden müssen, allein sie sind nach Art und Zahl ausserordentlich mannigfach und bedeutend.

Zunächst fordert der Verkehr energisch Vertragsfreiheit auch für dieses Gebiet. Man ist in der Lage, die dispositiven Vorschriften des Rechts durch besondere Vereinbarungen im speciellen Fall aufzuheben, freilich mit der aus moralischen[2]) Rücksichten gebotenen Schranke, dass es für vorsätzliche Schädigung keinen Freibrief giebt. Sonst kann man aber beliebig ausbedingen, dass für fahrlässige Handlungen nicht, für zufällig eintretenden Schaden doch gehaftet wird.

Ein alltäglicher Fall ist die Bestärkung der letzteren Vereinbarungen durch die Konventionalstrafe, und es muss nochmals betont werden, dass sie, wenn sie für „kasuelle Unmöglichkeit“ gesetzt ist, auch bei *„vis major“* verfällt.

Eine weitere erhebliche Modification der generellen *Culpa*-Haftung ist die Unterscheidung von Schuldgraden und zwar

---

[1]) So haftet die Post bei Wertsendungen, nach § 6 des Ges. v. 28. Okt. 71, auch für Zufall; nur nicht für den „durch die unabwendbaren Folgen eines Naturereignisses herbeigeführten Schaden“. Dass dies nicht die gewöhnliche *vis major* Befreiung, sondern eine andere, enger gefasste Ausnahme sein soll, zeigt § 11 desselben Gesetzes, wo für die Haftung bei Verletzungen von Reisenden die Worte „höhere Gewalt“ wieder erscheinen.

[2]) Auch ethische Anschauungen spielen demnach mit hinein, s. Unger, Jher. Jahrb. Bd. 30, S. 363. Das Schadenersatzrecht ist in ganz besonderem Grade das Produkt und der Niederschlag der ethischen Ueberzeugung und der socialen und wirtschaftlichen Verhältnisse einer bestimmten Kulturepoche.

nach doppelter Richtung. Vor allem in der Weise, dass bei einzelnen Rechtsverhältnissen — immer *salvo contractu* — eine geringere Verantwortlichkeit besteht als bei andern. Die Billigkeit einer solchen Scheidung dürfte der Fall der Schenkung am besten darthun. Der Schenker, dem ein leichtes Versehen untergelaufen ist, das dem Beschenkten Schaden bringt, soll bei seiner freigebigen, uneigennützigen Gesinnung nicht so streng beurteilt werden. Man schenkt z. B. einem Freunde ein Pferd und merkt in Folge von *culpa levis* nicht, dass es mit einer ansteckenden Krankheit behaftet ist, die im Stall des Freundes dessen übrigen Bestand ergreift. Für solchen Schaden würde der Vermieter des Tieres, weil er Entgelt nimmt, haften, nicht jedoch der Schenker.

Man könnte hieraus das Prinzip abstrahieren wollen, dass bei Rechtsgeschäften, von denen man keinen Vorteil hat, Haftung nur in den schwersten Fällen der Fahrlässigkeit eintritt.

Dies ist auch im B. G. B. bis zu gewissem Grade durchgeführt, so bei der Leihe und der unentgeltlichen Verwahrung (§§ 599, 690). Allein gerade für das wichtigste unentgeltliche Geschäft, den Auftrag, kann der Verkehr eine solche laxe Handhabung der Verantwortlichkeit nicht brauchen und wir können somit vielmehr das andere Prinzip formulieren, dass wir bei Gelegenheitsgeschäften von untergeordneter Bedeutung strenger Haftung entraten können, dagegen nicht bei den hochwichtigen, den gesamten socialen Verkehr vermittelnden Geschäften, wo wir umgekehrt höheres Pflichtbewusstsein und mit ihm gesteigerte Verantwortlichkeit verlangen müssen, die bei der den Weltverkehr der Kaufleute unterhaltenden Wechselobligation den höchsten Grad, die absolute Haftung, erreicht.

Wenn art. 41 der Wechselordnung zur Ausübung des Regresses mangels Zahlung vom Gläubiger den Protest innerhalb kürzester Frist fordert, so befreit von dieser Verbindlichkeit kein zufälliges Hindernis, und wäre es auch *vis major*.[1]

[1] Die Frage ist nach dem deutsch-französischen Kriege angeschnitten worden, als die französischen Accepte wegen Nichtinnehaltung der Präsentations- und Protest-Frist verfallen waren. Einige ausländische Rechte berücksichtigen übrigens auch hierbei *vis major* (s. Grünhut II, S. 398).

Eine andere, in der Idee recht feine, vom B. G. B. leider nicht übernommene Distinktion macht das preussische Recht. Es scheidet bei seinen drei Schuldgraden auch drei Haftungsgebiete und lässt bei schwererer Verfehlung in weiterem Umfange haften als bei kleinerer.[1] Das ist zwar eine Hineintragung des objektiven Massstabes in das Gebiet subjektiver Begriffe, die, rein logisch betrachtet, nicht miteinander harmonieren, aber aus Billigkeitserwägungen wohl vereinbar erscheinen.

Dass Jemand, der nur ein geringes Versehen begangen, nicht für dessen entfernteste Folgen aufzukommen hat wie einer, der in gröbster Weise fahrlässig handelt, ist ein gesunder rechtspolitischer Gedanke. *Mutatis mutandis,* nämlich unter Entfernung des Schuldmoments und Einführung des socialen Gedankens der Abwägung der beiderseitigen wirtschaftlichen Kräfte, gelangt man auch bei der Zufallshaftung zu verschiedenem Umfang der Ersatzverbindlichkeit und damit auch auf diesem Wege zur *vis major.*

Eine dritte wesentliche Abweichung der Grundhaftungsregel liegt in dem vom hochentwickelten Verkehr gebieterisch geforderten Eintreten für fremde Schuld. Auch diese Verschärfung der Haftung hat sich nur langsam und mit Ueberwindung äusserster Schwierigkeiten Bahn gebrochen. Die Anfänge liegen in dem römischen System der *actiones adjecticiae qualitatis,* die besonders eine Haftung für kaufmännisches Personal einführten. Von hier führt eine lange wechselvolle, keineswegs ununterbrochen fortschreitende Entwickelung bis zu der ganz allgemein gehaltenen Bestimmung des § 278 B. G. B.: „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, wie eigenes zu vertreten".

[1] Das A. L. R. stuft den Schadenersatz in folgender Weise ab: Bei grobem Versehen ist der gesamte Schaden und entgangene Gewinn zu ersetzen, bei mässigem der wirkliche Schaden und der gewöhnlich zu erwartende Gewinn, bei geringem nur der unmittelbare Schaden (§§ 11, 12, 15 I, 6).

Es kann nicht schwer fallen, diese Haftung zu rechtfertigen. Man braucht gar nicht die „wirtschaftliche Einheit des Schuldners und seiner Organe“ zu betonen, wie Baron thut; die einfache Thatsache, dass der Schuldner die Obligation nicht selbst erfüllt, sondern sie durch Andere erfüllen lässt, in Verbindung mit der Erwägung, dass diese Anderen für den Gläubiger, mit dem sie übrigens auch in keinem Schuldverhältnis stehen, schwerer erreichbar und vor allem für eine Ausgleichung des verursachten Schadens wirtschaftlich nicht geeignet sind, dürfte diese Haftung genügend erklären.

Man denke an den Fall, dass durch die Schuld eines Strassenbahnkutschers Jemand verunglückt und erwerbsunfähig geworden ist. Wenn er sich nicht an den Strassenbahnunternehmer, sondern nur an den Fahrer wegen Alimentation wenden könnte, so wird er bei der socialen Lage des Angestellten in der Regel gar keine Aussicht auf financiellen Erfolg haben. Nicht anders liegt der Fall, wenn durch das Versehen eines Gerichtsvollziehers oder eines Grundbuchrichters Jemand, wie es in solchen Fällen häufig zu sein pflegt, um eine bedeutende Summe geschädigt ist. Würde der Staat nicht für seine Beamten eintreten müssen, so wäre das Geld, das man ohne eigene Schuld verloren hat, meistens nicht wieder zu erlangen. Hier liegt nun immerhin noch ein Vertragsverhältnis zwischen dem eigentlich Schuldigen und dem in Anspruch genommenen vor; der Erstere ist von dem Letzteren für solche Funktionen angestellt, in deren Ausübung der Schaden entstanden ist, hier kann man noch in gewissem Sinne von einer „Einheit der Persönlichkeit“ reden.

Auch dieses fällt jedoch fort und der sociale Charakter der ausgleichenden Gerechtigkeit tritt unverhüllt hervor in den Bestimmungen des Gesetzes vom 11. März 1850, das den Kommunen den Schaden auferlegt, der bei Zusammenrottung von Menschen durch offene Gewalt entstanden ist.

Es ist dies nichts als ein Special-Fall von *vis major*, vom Gesetz nicht so genannt und mit der formell entgegengesetzten, in Wirklichkeit aber auf demselben Grunde beruhenden Haftpflicht. Die Kommune, die nämlich für gewöhnliche Zufälle z. B. Sachbeschädigung und Diebstahl nicht

haftet, wird gerade hier beim *Vis major* Ereignis herangezogen, weil der ungewöhnlich grosse Schaden, um den es sich meist handelt, in der Regel von den Betroffenen nicht getragen werden kann. Auch die schuldigen Thäter sind, wenn sie überhaupt festzustellen sind, zum Ersatz unvermögend. Deshalb soll die Gesamtheit, die wirtschaftlich kräftige Gemeinde, den Schaden übernehmen.

Ein äusserlich ganz anderer, in der Grundidee aber völlig gleichliegender Fall der *vis major*, ebenfalls als solcher nicht ausdrücklich bezeichnet, kommt bei der grossen Haverei des H. G. B. vor. Ist das Schiff auf hoher See in Gefahr geraten und kann es nur durch teilweise Vernichtung der Ladung durch Ueberbordwerfen derselben gerettet werden, so ist eine solche Handlungsweise nach dem Strafgesetz ohne Weiteres als Notstand erlaubt (§ 54 R. St. G. B.), nach dem Civilrecht aber nicht. Denn die Bestimmung des § 228 B. G. B. findet hierauf keine Anwendung. Die Ladung ist keineswegs als eine Sache zu betrachten, „von der Gefahr droht".

Der Schiffer, der das Ueberbordwerfen anordnet, würde sich also schadensersatzpflichtig machen. Das ist aber ein Widersinn. Denn ohne seine Anordnung würde die Ladung ja auch untergegangen sein. Andererseits kann es dem einen Besitzer der vernichteten Ladung, auf den die Wahl zufällig fiel, nicht zugemutet werden, durch das Opfer gerade seiner Ware das Schiff und die andre Ladung zu retten. Der Schaden wäre für ihn unerträglich gross, und es ist durchaus billig, dass alle Beteiligten anteilmässig zur Tragung des Schadens herangezogen werden.

Diese *Vis wajor* Fälle unterscheiden sich von den nachher zu behandelnden dadurch, dass sie objektiver Natur sind, von vornherein bestimmte Ereignisse, und dass die Haftung der in Frage kommenden Persönlichkeiten gerade bei ihnen erst einsetzt, nicht wie sonst aufhört. Im Grundgedanken der Ueberwälzung schweren Schadens auf kräftige Schultern stehen sich aber alle Fälle gleich, und die Verschiedenartigkeit zeigt nur, dass die höhere Gewalt kein durch das gesamte Rechtssystem greifendes Institut ist, sondern lediglich aus Billigkeits-

gründen eingeführt, um die Härten der allgemeinen Regel der Schuldhaftung zu mildern.

Die *Vis major* kommt in unserm heutigen materiellen Recht ausser dem alten Anwendungsgebiet des *receptum* nur noch im Transportrecht und zwar auch nur in seinen bedeutendsten Zweigen,[1] Eisenbahn und Post, vor.

Es handelt sich um Betriebe, die, so verschieden sie auch in sich sein mögen, doch das gemeinsam haben, dass sie sämtlich, in der Regel wenigstens, umfangreiche Unternehmungen mit schwer zu überschendem, zum Teil auch rasch wechselndem Menschenmaterial darstellen und mit einem gewissen thatsächlichen oder gar rechtlichen Monopol ausgestattet sind, so dass sie das Unternehmerübergewicht in social bedrohlicher Weise geltend zu machen vermögen. Das Alles rechtfertigt zunächst eine schärfere Ueberwachung und Heranziehung zu dem in Folge des Betriebes hervorgerufenen Schaden.

Es ist aber mässig davon zu reden, dass, „wenn auch auf Seiten dieser Betriebe keine Schuld vorliege, der Geschädigte jedenfalls noch unschuldiger ist".[2] Eine solche Er-

[1] Im alten H. G. B. galt die verschärfte Haftung allgemein für Frachtführer. Davon ist man zurückgekommen, zuerst im Binnenschifffahrtsgesetz.

[2] In diesem Ideenkreis bewegt sich Bähr (Ihr. Jahrb. XIV, S. 407); und Gierke, die sociale Aufgabe des Privatrechts S. 33: „Mag den Urheber der Rechtsverletzung ein eigentliches Verschulden nicht treffen, so ist doch der Geschädigte noch unschuldiger. Die ausgleichende Gerechtigkeit fordert, soweit dies thunlich ist und nicht zu unbilliger Härte auf der Gegenseite führt, eine Ueberwälzung der Folgen". Mit Recht hiergegen Planck A. f. c. fr. Bd. 75, S. 390: „Die Schuld kann verschiedene Grade haben, aber nicht die Unschuld". Auch Unger nennt diese Ansicht ein „Paradoxon". Jhr. Jahr. Bd. 30 S. 365.)

Die *Vis major* Ausnahme wird dadurch thatsächlich gar nicht erklärt. Schuld in dem Sinne von „mechanischer Ursache" ist natürlich stets irgendwo vorhanden, aber im speciellen Falle vielleicht gerade auf Seiten des Verletzten. Im Rechtsverkehr kann nur juristische Schuld ins Gewicht fallen. Von einer solchen spricht bei jedem Betriebsunfall ein baierisches Gericht (s. Stobbe III, S. 512 a, 30): „Der Betrieb einer Eisenbahn durch Lokomotive führt notwendig eine kulpose Handlungsweise mit sich (!)". Also in der

wägung würde stets auch gerade bei der befreienden *vis major* eintreten, und dasselbe gilt von dem Erklärungsversuch einer „mechanischen Einheit des Unternehmers und seiner Betriebsmittel" der für ihre Funktionen einstehen soll, weil er mit seinem Personal und Material ein rechtlich untrennbares Ganze bildet. (Eger Haftpflichtgesetz S. 124.)

Auch die Idee der Vermischung mit dem Versicherungsgedanken[1] ist von der Hand zu weisen. Die Parallele zwischen Betriebshaftung und Versicherung versagt wieder bei der *Vis major* Ausnahme. Hier ist die Prämie so berechnet, dass von vornherein der grösste Umfang des möglichen Schadens mitkalkuliert ist, dort ist der Entgelt nur für die Unkosten und den Unternehmergewinn berechnet und deshalb ist die Haftung nicht unbegrenzt sondern mit der Befreiung bei unerträglich hoher Belastung festgesetzt.

Das die verschärfte Haftung keinen anderen Zweck hat als dem wirtschaftlich Starken den Schaden aufzuerlegen, den die von ihm Betroffenen meist nicht zu tragen vermögen, zeigt auch die in ihrer Art einzig dastehende Beschränkung der Vertragsfreiheit der Eisenbahnen im § 471 H. G. B., sie sollen eben eine wesentlich andere Haftung dem Publikum nicht aufdrängen, als das Gesetz sie zur billigen Ausgleichung für angemessen und sogar notwendig hält.

Hat man sich überhaupt einmal mit dem Gedanken befreundet, dass man auch ohne Schuld haften kann, so wird man zugestehen müssen, dass er hier mit Recht seine eigentliche Sphäre, sein Hauptwirkungsfeld findet.

Es wird Jemand von einer Eisenbahn überfahren und

---

blossen Existenz des Betriebes wird *culpa* gesehen, weil ohne ihn der Schaden nicht angerichtet wäre!

[1] Stintzing A. f. c. P., Bd. 81, S. 469: „Für uns gewinnt immer mehr ein viel humanerer Gedanke an Bedeutung, es ist der, dass grosse Unternehmen in sich eine Versicherungsanstalt enthalten müssen, um die mit ihrem Betrieb in Verbindung Tretenden zu versichern. Die Versicherung aber umfasst Fälle der höheren Gewalt, die statistisch berechnet werden". Mit den letzten Worten zeigt Stintzing selbst den wichtigen Unterschied. Auch Knauer S. 102, spricht von einem „der Versicherung ähnlichen Verhältnis." S. dagegen auch Baron, Bd. 78, S. 292.

schwer verletzt; er ist zeitlebens erwerbsunfähig. Entspricht es da nicht dem Gefühl der Billigkeit, dass die Eisenbahngesellschaft, ein mit Millionen wirtschaftendes Institut, auch wenn ihr Personal keine Schuld trifft, sondern ein unglücklicher Zufall vorliegt, den Schaden, der für ihren Etat nur unbedeutend, für den Verletzten aber Existenzfrage ist, auf sich nimmt?

Es liegt genau so wie in den Fällen, wo zwar fremde Schuld vorhanden, aber aus thatsächlichen Gründen Ersatz nicht zu erlangen ist, beim Eintritt des Staates und der Kommunen für Anderer Versehen und Vorsatz.

Da es sich auch dabei auf der einen Seite regelmässig um unerträglich grossen Schaden, um Lebensinteressen handelt, auf der andern Seite vollgültiger Ersatz von dem eigentlich Schuldigen, falls ein solcher überhaupt vorhanden ist, nicht zu erhalten ist, so tritt eine wirtschaftlich starke Persönlichkeit ein und nimmt den entstandenen Schaden auf ihre Schultern. Auch dort handelt es sich gewissermassen um einen grossen Betrieb, den der staatlichen Verwaltung, der bei einem „Betriebsunfall", dem Stocken der Maschine (Revolution) oder dem Versagen eines Rades (Versehen eines Beamten), für den daraus entstehenden Schaden einzustehen hat, und zwar nicht bloss wie sonst bei ausserkontraktlichem Verschulden für *culpa in eligendo*, sondern absolut.

In derselben Gedankenrichtung ist die befreiende *Vis major* Ausnahme zu suchen. Das hat Rümelin richtig erkannt: „Auch bei den modernen Grossbetrieben", sagt er (S. 39), „kann sich ergeben, dass sie gewisse Garantieen ohne die Gefahr vollständigen Ruins nicht zu tragen vermögen; wo sich eine so unverhältnismässige Belastung ergeben würde, pflegt man von *vis major* zu reden".

Rümelin meint allerdings, mit diesen Garantieen, die nicht von dem Unternehmer übernommen werden können, die Unfälle, die nicht Betriebsgefahren ihre Entstehung verdanken, eine selbstverständliche Ausnahme, und ferner von den Betriebsgefahren die unabwendbaren und nicht vorauszusehenden. Diese beiden Gruppen nun sind, abgesehen von den unhaltbaren Begriffen, gar nicht durch die von Rümelin selbst als

Leitmotiv aufgestellte Idee gerechtfertigt. Warum sollen gerade nichtvorauszusehende und nicht abwendbare Zufälle eine stärkere Belastung für den Unternehmer bilden als abwendbare und voraussehbare, falls es solche überhaupt gäbe? Im Gegenteil, je ungewöhnlicher ein Ereignis ist, je mehr sein Eintreffen gegen Erwartung geschah, um so seltener wird es auch vorkommen und schon deshalb den Betrieb nur unwesentlich belasten. Gerade die alltäglichen, fast periodisch wiederkehrenden Betriebsunfälle summieren sich und wirken durch ihre Masse viel drückender.

Wenn man also von unverhältnismässiger Belastung spricht, so ist damit nur der unerträglich grosse Schaden im speciellen Falle mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse der Beteiligten berechnet, gemeint. Denn „auf individualisierende Billigkeit", sagt Stintzing mit Recht (S. 466), „ist heute das ganze Obligationenrecht gestellt".

Das gilt noch in verstärktem Masse für das bürgerliche Gesetzbuch, dem ein solches individuelles Abwägen der socialen Kräfte auch sonst geläufig ist:

Eine widerrechtliche Schädigung, die im Zustande der Bewusstlosigkeit oder Geisteskrankheit oder von einem noch nicht Achtzehnjährigen begangen ist, der die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht nicht besitzt, macht nach den §§ 827, 828 B. G. B. nicht haftbar, weil eine juristische Schuld nicht vorliegt. Da eine solche, an sich ganz richtige Bestimmung zu grossen Härten gegenüber dem Geschädigten führen kann, enthält § 829 die Ausnahme, die sich mit der eben entwickelten *exceptio cis majoris* für grosse Unternehmen inhaltlich deckt, wenn sie auch wiederum den entgegengesetzten Erfolg, nämlich gerade die Haftung, nicht deren Erlöschen, herbeiführt.

Die Schadloshaltung tritt ein, wenn „die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten" sie erfordert, und dem Haftenden nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmässigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf. Also ein ausdrücklich angeordnetes individuelles Abwägen der finanziellen Verhältnisse der Beteiligten; zunächst

des Geschädigten, um zu sehen, ob seine sociale Lage überhaupt eine Abweichung von der Regel der Nichthaftung rechtfertigt, und dann eine sorgfältige Untersuchung der Vermögensverhältnisse des den Schaden Verursachenden unter eingehender Berücksichtigung seiner anderweitigen notwendigsten Verpflichtungen. Auf diesem letzteren Gesichtspunkt beruhen noch zahlreiche ähnliche Bestimmungen im Familiengüterrecht des B. G. B. (z. B. §§ 1603, 1579), die nach der wirtschaftlichen Lage der Beteiligten die Alimentationspflicht regeln.

Dass man in allen diesen Fällen nicht wie beim *receptum* und dem Frachtvertrag von „höherer Gewalt“ sprach, hat seinen Grund vor allem darin, dass hier nicht die besonderen „Betriebsgefahren“, die mit der *vis major* eben nichts zu thun haben, begriffsverwirrend hineinspielten. In jenen dem römischen Recht entlehnten Fällen schloss man sich auch in der Formulierung eng an das *Corpus juris* an, für diese neu hinzugekommenen Rechtsverhältnisse verwandte man nicht den unverstandenen Begriff, sondern, weil man das wahre Prinzip klar erkannte, drückte man es auch deutlich aus. Man mochte nicht sagen: „Ein Wahnsinniger, ein Unmündiger haftet für die von ihm verübten unerlaubten Handlungen, es sei denn, es läge *vis major* vor“, weil man hier einsehen musste, dass die Ursache der Schädigung gleichgültig sei und es nur auf die financielle Einwirkung, auf die Verhältnisse der beiden Beteiligten ankomme. Genau so liegt es aber auch beim Gastwirt, der Eisenbahn und der Post.

Sie sollen als wirtschaftlich kräftige Unternehmer gewöhnlichen Schaden auf sich nehmen, und nur, wo auch für sie diese Belastung eine unerträgliche sein würde, tritt kraft der *exceptio vis majoris* Befreiung ein.

Von der Regel der *Culpa* Haftung ausgehend haben wir jede ihrer Ausnahmen nach beiden Seiten hin bis zur absoluten *Casus* Haftung und der *vis major* Befreiung aus denselben wirtschaftspolitischen Zwecken und Zielen abgeleitet und gerechtfertigt. Die so gewonnene Lösung des *Vis major* Problems tritt einer zu laxen Handhabung der gesteigerten Haftpflicht entgegen, die nur jede Schuld auszumerzen sucht und dann Befreiung eintreten lässt.

Der Unternehmer soll nach unserm Resultat auch bei rein zufälligen Ereignissen zur Ausgleichung des entstandenen Schadens herangezogen werden, soweit dies unter Berücksichtigung seiner Verhältnisse und der des Geschädigten der Billigkeit entspricht.

Dass dem Begriff wegen dieser Beziehungen eine Variabilität anhafte, wie Rümelin (S. 40) meint, kann nicht zugestanden werden. Der Begriff ist ein fester, aber relativer; seine Anwendbarkeit ist nicht abstrakt, sondern von Fall zu Fall zu prüfen, und in diesem Sinne passt auf ihn auch das Wort des römischen Juristen:

„*magis facti quam juris est quaestio*“.

Lebenslauf.

Am 20. April 1878 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Moritz Michelsohn und seiner Ehefrau Bertha geb. Wittenberg zu Königsberg i. Pr geboren.

Daselbst besuchte ich das Kneiphöfische Gymnasium; dann, seit 1887, das Königstädtische Gymnasium zu Berlin, das ich Ostern 1896 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Darauf studierte ich an der Berliner Universität 6 Semester Rechts- und Staatswissenschaften und hörte die Vorlesungen der Professoren *Aegidi, Berner, Brunner, Crome, Dambach, Dernburg, Eck, Gierke, Heilborn, Hübler, Jacobi, Kahl, Kaufmann, Kohler, Örtmann, Pernice, Schmoller, Seckel, Stölzel, Wagner.*

Im Juni 1899 bestand ich die erste juristische Prüfung und wurde als Referendar, zunächst am Amtsgericht Perleberg, dann an Berliner Gerichten beschäftigt.

Auf Grund vorstehender Dissertation und der am 6. Januar 1902 bestandenen mündlichen Prüfung wurde ich von der Hohen Juristenfakultät der Universität *Rostock* zum *Doctor juris* mit dem Prädikat *„cum laude“* promoviert.

Druck von E. Mandelstamm
Berlin N.O., Landsbergerstrasse 91a.